



# THÉORIE

DE LA

# PROCÉDURE CIVILE.

Poitiers.—Imp. de F.-A. SAURIN.

# THÉORIE
DE
# LA PROCÉDURE
CIVILE,

*Par M. Boncenne.*

*Tome Cinquième.*

CONTINUATION

**PAR M. O. BOURBEAU**
BATONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS,
PROFESSEUR DE PROCÉDURE A LA FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS.

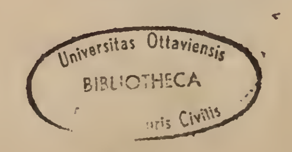
TOME PREMIE

PARIS,
VIDECOQ PÈRE ET FILS,
1, PLACE DU PANTHÉON.

POITIERS,
SAURIN FRÈRES,
IMPRIMEURS.

1845.





A LA MEMOIRE

DE P. BONCENNE

MON PRÉDÉCESSEUR ET MON MAÎTRE.

Il serait inutile de placer au frontispice de ce livre quelques lignes uniquement destinées à marquer mon point de départ, à tracer la limite périlleuse où ma responsabilité commence. N'aurais-je pas atteint un but inespéré, si l'esprit hésitait à reconnaître la page où s'est arrêtée la main qui commença cette œuvre interrompue, et si quelque illusion passagère pouvait faire oublier les arrêts inexorables de la mort, à ceux qui croiraient sentir l'âme et la pensée du Maître, vivantes encore dans les écrits de son disciple?

M. Boncenne a laissé de nombreuses consultations, des notes et des mémoires. Je dois à la confiance de sa famille ce précieux dépôt, et l'honneur de placer mon livre sous la protection du titre que M. Boncenne avait choisi et qu'il avait déjà rendu célèbre.

En essayant de continuer la marche qu'il avait entreprise, j'aurai à parcourir une route nouvelle, à surmonter des obstacles que son

regard avait prévus et que sa main n'avait pas eu le temps d'aplanir. Mais si, dans cette voie nouvelle, mes pas n'ont pu trouver la trace de son passage, si la marche que je commence doit se poursuivre isolément, du moins j'aurai pour l'éclairer le souvenir de ses leçons, sa pensée créatrice révélée dans son ouvrage, et ce modèle inimitable resplendissant de l'éclat de son génie.

M. Boncenne fut un homme aux inspirations soudaines, à l'esprit vaste et passionné. Son intelligence se fût trouvée à l'aise au milieu de travaux purement spéculatifs, dans le développement de ces principes féconds qui animent les textes de notre code civil; chargé, par le résultat d'un concours, de l'enseignement de la procédure, il semblait que toutes ces qualités brillantes devaient s'effacer devant l'aridité de sa tâche. Qu'allaient devenir son imagination si vive, son ardente parole et le charme de sa plume? L'homme supérieur brisa les entraves qui enchaînaient la liberté de son essor; il éleva la procédure à la hauteur de son éloquence, et créa une science pour l'écrire.

Un illustre historien a dit : « Toute garantie consiste dans deux éléments : un moyen de re-

connaître le droit; un moyen de le faire effectivement respecter (1). » Si l'on considère, sous l'empire de cette pensée profonde, les lois de la procédure judiciaire, l'esprit s'étonne de la grandeur et de l'importance de leur objet. Chacune de ces formes dédaignées aura pour but de protéger un droit; c'est la société luttant contre la perversité de l'homme, étudiant les ressources cachées que la mauvaise foi suggère, et pénétrant, pour éteindre leurs ravages, jusqu'au foyer mystérieux des passions qui l'agitent. On comprend alors cette mobilité de formes et de principes que comportent les lois de la procédure. Elles ne peuvent être plus stationnaires que les tendances de l'esprit humain; elles le suivent pas à pas, se transforment comme lui, opposent des défiances nouvelles aux nouvelles combinaisons de la fraude; et lorsque, inutiles et surannées, elles ont disparu de l'enceinte des tribunaux, elles restent encore dans l'histoire comme un témoignage irrécusable de l'esprit, des mœurs et des passions de l'époque qui les vit naître.

C'est ainsi que M. Boncenne avait compris

(1) M. Guizot, Hist. de la civil. en France, t. 4, p. 30.

l'enseignement de la procédure. S'il cherchait dans les lois leur raison d'être, s'il leur demandait compte de leur utilité, il avait en même temps une trop religieuse croyance, une foi trop profonde en la sainteté de la science, pour faire le procès aux mots plutôt qu'à la pensée du législateur. Il savait que la meilleure loi perd tout son prestige devant une analyse profane; qu'elle ne peut subir sans dangers une décomposition presque toujours mortelle. Heureux ceux qui l'ont entendu, car sa parole a été féconde! Grâce à cet enseignement, l'école de Poitiers peut montrer avec orgueil, occupant des chaires dans la plupart des autres facultés, des docteurs élevés dans son sein. MM. Sarget, à Rennes, Chauveau, à Toulouse, Grellaud, à Aix, Machelard, nommé successivement à Caen et à Paris, sont les élèves de Boncenne.

Le secret de son talent était dans la double tension de ses facultés vers la doctrine et les affaires, la THÉORIE et la PRATIQUE; c'est ainsi que dans la lutte des faits et de la théorie, dans l'application aux intérêts privés des principes généraux du droit, il réchauffait chaque jour les élans de son âme, et qu'il puisait cet enseigne-

ment si pur, cette autorité de l'expérience et cet art de bien dire qui avaient illustré sa chaire.

Un homme qui résume en lui toutes les gloires du professorat, écrivain profond, admirable improvisateur, émettait récemment cette réflexion si vraie : « Le jour où l'on verrait une sorte de schisme se déclarer entre l'école et le palais, entre la science et les faits, entre le droit et la jurisprudence, ce jour, la théorie deviendrait chimérique et la pratique aveugle (1). » M. Boncenne a été l'expression de cette alliance désirée ; aussi dans ses leçons, la loi n'apparut-elle jamais écrite sur des tables d'airain, en caractères inanimés ; la loi qu'il nous montrait, c'était la loi vivante, poursuivant son but d'utilité, protégeant les intérêts de tous, s'égarant quelquefois, mais toujours respectable et sacrée.

Dans l'appréciation de cette grande intelligence, le Professeur et l'Avocat sont inséparables. Les travaux du professeur, conservés dans ses écrits, seront immortels comme son nom ; des veilles de l'avocat, il ne reste aujourd'hui

(1) Discours prononcé par M. Rossi, à la séance d'ouverture du concours d'Aix, le 18 avril 1843.

que le souvenir des services rendus; sa voix éloquente vient de s'éteindre à peine, et ses inspirations sublimes, ensevelies déjà comme dans un tombeau, ne vivront que dans la mémoire de la génération qui passe.

Le Professeur a lui-même élevé le monument de sa gloire; le renom de l'Avocat a besoin d'être consacré par le témoignage des contemporains.

J'aurais essayé d'apprécier sous cet aspect le talent de M. Boncenne, si cette tâche n'eût été déjà remplie par un homme qui, à plus d'un titre, pouvait en revendiquer l'honneur : le gendre de l'illustre défunt, M. Abel Pervinquière, professeur à la faculté de droit, et bâtonnier de l'ordre des avocats, dans un discours d'ouverture des conférences, dont j'ai extrait les passages qu'on va lire, se faisait ainsi l'interprète des sentiments et de l'admiration de tous :

« Le jour où cet homme excellent nous a été enlevé, où cette organisation si forte au physique, si brillante au moral, s'est brisée tout à coup comme frappée par la foudre, a été un

jour de deuil, non-seulement pour sa famille, mais encore pour la cité, pour l'école et pour le barreau. Tous ont compris la grandeur de la perte qu'ils venaient de faire. Les regrets ont été universels, et des voix éloquentes, interprètes de la douleur publique, ont rendu le plus éclatant hommage à sa mémoire. Depuis cette époque, en témoignage d'admiration et de reconnaissance, ses concitoyens ont voulu qu'une inscription placée sur la maison qu'il habitait, perpétuât son souvenir; ses élèves ont inauguré son buste, œuvre du célèbre David, au-dessus de la chaire qu'il avait tant illustrée; et le conseil de l'ordre des avocats, renouvelant pour lui l'insigne honneur qu'un corps de notre glorieuse armée avait fait à la Tour-d'Auvergne, a décidé que son nom continuerait à rester inscrit sur le tableau. Vous applaudirez sans doute à cette heureuse idée, juste récompense des services rendus. Le nom de M. Boncenne sera placé là comme un phare qui répandra son éclat sur notre ordre, et éclairera les pas de ceux qui tenteront de marcher sur ses traces.

» Obligé de payer son tribut à son pays,

M. Boncenne s'était fait remarquer dans cette guerre à jamais déplorable où des Français étaient dans la cruelle nécessité de lutter contre des Français. Un honorable général commandant la première division de l'armée de l'Ouest lui rendait alors ce témoignage : « Ses talents » et sa manière de se conduire lui mériteront » toujours l'estime de ceux qui travailleront » avec lui. » Heureux pronostic que le temps a si bien justifié !..... Lorsqu'il revint dans ses foyers, son goût, ses études et ses travaux antérieurs, le portèrent à solliciter une place dans le génie militaire. Alors comme aujourd'hui, il y avait trop de candidats pour que le plus digne fût toujours nommé. Sa demande fut rejetée, et ce refus le décida à embrasser la carrière du barreau.

» Il eut le bonheur de trouver un guide et un ami dans ce savant et vénérable vieillard (1) que nous nous honorons tous d'avoir pour confrère, et qui, quoique aveugle, y voit encore si clair avec les yeux de l'esprit. Qu'il me soit permis de rendre, en passant, un juste tribut

(1) M. Guillemot, professeur honoraire à la faculté de droit.

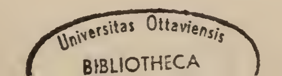
d'hommages à cet homme si distingué par ses lumières et par ses vertus, aux leçons duquel je dois tant moi-même. Son zèle infatigable ne se ralentit pas, et quoique accablé d'infirmités et d'années, il achète et se fait lire les livres nouveaux qui paraissent sur la science du droit.

» Avec les conseils d'un pareil maître et ses dispositions naturelles, M. Boncenne ne pouvait manquer de réussir. Quelques années suffirent pour lui faire acquérir une belle réputation. Mais ce qui contribua surtout à ses succès, ce fut de rencontrer pour émule un homme (1) dont la puissante et redoutable rivalité l'empêchait de s'endormir sur ses lauriers, et l'obligeait sans cesse à redoubler d'efforts. Un de nos confrères (2), dont vous appréciez tous l'esprit et le talent, a dignement retracé naguère le tableau de ces nobles luttes dont l'éclat illustrait alors le barreau de Poitiers.

» M. Boncenne s'est rendu célèbre comme professeur et comme écrivain. Mais, je ne crains pas de le dire, c'est surtout comme avocat qu'il a été remarquable. Vous l'avez entendu

(1) M. F. Bréchard.

(2) M. Guerry-Champneuf.



dans les derniers temps de sa vie, toujours éloquent, toujours supérieur aux autres, quoique le soin qu'il donnait à des travaux d'un autre genre ne lui laissât pas tout le loisir nécessaire pour être égal à ce qu'il avait été lui-même autrefois. Que ne l'avez-vous vu, Messieurs, dans les années qui suivirent 1816, époque où son talent d'orateur brillait de tout son éclat! Ceux qui ont eu le bonheur d'assister alors à ses plaidoiries n'oublieront jamais la puissance irrésistible de cette éloquence entraînante.

» La nature l'avait doué de toutes les qualités qui caractérisent l'orateur. Une grande facilité de conception lui faisait saisir sur-le-champ la difficulté que présentait une affaire, et les moyens de la résoudre s'offraient si naturellement à lui qu'il ne paraissait pas les avoir cherchés. Il avait le talent d'exposer les faits avec une clarté qui captivait toujours l'attention, et son érudition lui permettait de traiter les questions de droit les plus difficiles avec une supériorité et une logique qui entraînaient la conviction des juges. Sa mémoire prodigieuse, qu'il enrichissait par de sérieuses études et par des lectures continuelles, ne

laissait rien échapper. C'était comme un trésor intarissable où il puisait à l'occasion des moyens de droit, des reparties ingénieuses, des anecdotes qu'il appliquait avec un rare bonheur.

» Sa taille était peu élevée, mais sa poitrine était large, et sa constitution forte et vigoureuse le rendait capable de résister aux veilles de l'étude et aux plus grandes fatigues des plaidoiries. Au premier abord, sa figure ne plaisait pas ; mais le feu de sa conversation, le jeu si animé de sa physionomie faisaient oublier bien vite ce que ses traits pouvaient avoir d'irrégulier. Lorsqu'il plaidait dans une grande cause, son visage, miroir fidèle de son âme, reproduisait tous les sentiments qui l'agitaient. Son regard vif et pénétrant, son geste toujours irréprochable, toujours en harmonie parfaite avec l'accent de sa voix et la pensée qu'il exprimait, augmentaient l'impression que faisaient ses paroles. Dans ces moments où, s'abandonnant aux élans de son éloquence, il faisait passer dans l'âme de ses auditeurs la pitié, la terreur ou l'indignation, il devenait beau, il était admirable, Messieurs; il grandissait, et cet homme de cinq pieds paraissait un géant.

» C'est qu'avec une âme qui sentait vivement, il avait une imagination qui savait peindre. C'est qu'au charme du geste et du regard, il réunissait la magique influence de l'organe le plus moelleux, le plus flexible et le plus sonore.

» L'esprit s'allie parfaitement aux habitudes de notre profession. Heureux celui qui a reçu ce don du ciel, et qui a le talent de s'en servir comme d'une saveur piquante pour répandre de l'agrément sur ses discours! M. Boncenne excellait surtout en ce genre. S'il était impossible de résister à la fougue de son éloquence passionnée, il n'était pas moins difficile de rester sérieux devant sa plaisanterie piquante et railleuse. Combien de fois n'a-t-il pas, par d'ingénieuses et spirituelles saillies, réveillé l'attention et excité l'hilarité des juges, qui n'osaient lui en vouloir de les avoir forcés à oublier momentanément la gravité de leurs fonctions?

» Nous l'avons vu bien souvent tenant ses nombreux auditeurs comme suspendus à sa parole, leur imposer tour à tour les sensations les plus diverses. Tantôt s'harmoniant sym-

pathiquement avec toutes les mélancolies de l'âme de ceux qui l'écoutaient, et remuant leurs fibres les plus sensibles, il leur arrachait des larmes d'attendrissement ou de pitié. Bientôt après, armé d'un sarcasme poignant et cruel, il perçait jusqu'au vif comme avec la pointe d'un poignard acéré; un frémissement sourd annonçait la force du coup. Ou bien, en déversant le ridicule à pleines mains, il excitait les transports d'une gaîté bruyante. D'autres fois, il se contentait d'appeler le sourire sur les lèvres de ses auditeurs en décochant les traits d'une ironie légère, qui ne faisaient qu'effleurer l'épiderme de celui qu'ils atteignaient. Mais s'il sentait le besoin de faire partager l'indignation qui l'animait contre le crime ou l'injustice, son cœur et son imagination s'enflammaient, toute sa personne s'illuminait du feu de l'éloquence; sa voix puissante et sonore éclatait avec le bruit du tonnerre, et, frappant comme la foudre, écrasait aux acclamations de tous l'homme coupable qu'il voulait abattre et punir.

» A ces grands et beaux triomphes de l'audience, son infatigable activité entremêlait les

travaux non moins utiles du cabinet. Il a rédigé d'innombrables consultations. Il a fait imprimer beaucoup de mémoires, dont la plupart sont écrits de ce style à la fois clair, élégant et concis, qui répand tant de charme et d'intérêt sur sa Théorie de la procédure civile.

» Aussi, Messieurs, sa réputation avait-elle grandi. A Toulouse, à Paris, dans la France entière, son nom était connu et son opinion était devenue une autorité. Son mérite avait fixé sur lui l'attention des hommes les plus célèbres de notre époque. Les Desèze, les Portalis, les Dupin, et bien d'autres encore, l'honoraient de leur estime et de leur amitié. Odilon Barrot l'appelait son maître.

» Tel était M. Boncenne; tel est le témoignage qu'en rendront ceux qui l'ont connu; aussi bon, aussi aimable qu'il était instruit et éloquent. Malheureusement, Messieurs, de lui il ne nous reste plus qu'un souvenir. Conservons-le du moins religieusement et sachons le perpétuer, afin d'entretenir à son exemple l'esprit de confraternité qui doit nous unir, et de proposer son beau talent pour modèle à ceux qui viendront encore après nous. »

# THÉORIE

DE LA

# PROCÉDURE CIVILE.

## CHAPITRE XXII.

### DES DEMANDES INCIDENTES ET DE L'INTERVENTION.

(Liv. 2, tit. 26, art. 337-341 du code de proc.)

Dans cette marche progressive de l'action vers le jugement qui déclare le droit, on a vu le plaideur s'arrêter plus d'une fois pour déblayer la route qu'il parcourt; on sait tout ce que la qualité personnelle du demandeur ou du défendeur, la nature du procès, la forme suivant laquelle il a été engagé, ont pu créer d'*exceptions* embarrassantes et multiples. Art.

Ces obstacles franchis, l'obligation imposée à l'un de justifier sa demande, à l'autre de

ART. prouver sa libération, a pu suspendre aussi pour un temps l'issue définitive du procès. Mais cette halte de la justice, jusqu'à ce que les parties aient projeté la lumière sur tous les points restés dans l'ombre, présente, en comparant ses résultats aux effets produits par l'exception, des caractères tout spéciaux qu'il est utile de signaler.

Les exceptions entravent la marche de l'action.

Les délais que nécessitent les moyens de preuve ne la suspendent que pour l'éclairer.

La procédure qui précède le jugement de l'exception ne profite en rien à l'instruction du fond ; elle ne s'y rattache que par son origine : née de l'action principale, l'exception ne se développe qu'au préjudice de celle-ci. C'est un procès à part avec son instruction spéciale et sa marche indépendante. Aussi le jugement de l'exception a-t-il un caractère définitif, car il est le terme de cette instance qui a surgi tout à coup des entrailles du procès originaire (1).

(1) C'est donc à tort que le code a placé la communication des pièces sous la rubrique *des exceptions*. Ce n'est autre chose qu'un moyen d'instruction ou de preuve.

Il en est autrement des moyens de preuve offerts par les parties; la procédure qu'ils comportent n'est pas seulement un accessoire de l'instance principale, elle en est aussi le complément. Si le dénoûment est retardé parce que les faits à vérifier se présentent obscurs ou contestés, l'action marche cependant, quoique par une route incertaine et moins directe. Le jugement qui intervient laisse encore le fond du droit indécis, et l'instance principale entière. Il clôt seulement un acte du drame judiciaire : c'est un jugement interlocutoire. ART.

Mais il est un caractère commun aux exceptions et aux demandes ayant pour objet un mode de preuve; les unes et les autres supposent une instance préexistante, et le quasi-contrat judiciaire qu'elles créent a pour *cause* un procès déjà engagé. Avec des allures différentes et des tendances diverses, elles puisent cependant la vie à une source commune, et ne peuvent se produire que comme accessoires d'une instance primitivement introduite. Aussi sont-elles, par leur essence, de véritables *incidents : incidunt in rem de quâ agitur*.

A côté de ces incidents, d'autres viennent

ART. encore se placer avec une physionomie distincte. L'instance est engagée, les conclusions des parties formulées, mais le cadre qui les enferme n'est pas tellement inflexible que de nouveaux intérêts ne s'y puissent faire place. —Le demandeur joindra des conclusions nouvelles à ses conclusions précédentes; — le défendeur répondra à l'action dirigée contre lui, en se posant à son tour comme demandeur;—un tiers viendra jeter au milieu du débat des prétentions inattendues, et, comme intéressé à l'issue de la lutte, relever le gage de bataille tombé entre des mains suspectes ou débiles : dans tous ces cas, l'élasticité de notre procédure se prête à cet agrandissement de l'instance; et ces conclusions nouvelles, qui s'étendent au delà des limites fixées par l'ajournement, seront aussi des incidents par rapport à la demande originaire.

Mais cette dénomination ne tient plus ici à la nature même de la demande; ces conclusions d'origine nouvelle auraient pu se produire isolément (1), par voie d'action principale, et dans

(1) Il y a cependant une exception : lorsque la demande incidente a pour objet unique l'exécution provisoire ou la contrainte par corps; dans ce cas elle n'aurait pas pu se produire *isolément* par voie d'action principale. Voy. *infrà*, p. 32.

une instance séparée. Le procès engagé n'est plus la *cause* des conclusions incidentes, il n'en est que l'*occasion*. Cette qualité est donc purement accidentelle, et la dénomination d'incidente ne se justifie que par la forme et les circonstances dans lesquelles la demande s'est produite. ART.

On est par conséquent amené à distinguer des incidents de natures diverses. J'ai essayé de les classer en signalant leur caractère spécial. On peut résumer ainsi leurs différences :

Les uns tendent à anéantir ou à entraver l'instance : ce sont les exceptions ;

Les autres ont pour objet l'instruction du procès ;

Les incidents proprement dits en agrandissent la sphère.

On connaît les dispositions qui s'appliquent aux deux premières classes d'incidents ; il ne reste à parler que des incidents proprement dits, divisés par la loi en *demandes incidentes* et en *intervention*.

Les demandes incidentes peuvent être formées par le demandeur ou par le défendeur originaires.

ART. Lorsqu'elles émanent du demandeur, elles prennent le nom de conclusions *additionnelles*. Je m'occuperai d'abord des principes qui s'y rattachent.

I. *Des demandes additionnelles*. — Dans notre procédure moderne, le pouvoir du juge se trouve enfermé dans les bornes étroites d'une formule. Seulement la formule n'est plus, comme aux temps de la procédure romaine, l'œuvre préalable d'un magistrat. Les termes qui la composent, les conclusions qu'elle énonce, l'étendue des pouvoirs dont elle investit le tribunal, émanent directement du demandeur. Entre le juge et lui, entre ses prétentions et le jugement, il n'y a plus d'intermédiaire chargé de revêtir d'une forme animée l'action encore inerte qui procède de son droit.

La formule est l'œuvre du plaideur, mais elle n'en est pas moins infranchissable. Le juge, dans les principes moins rigoureux de notre droit, peut bien rester en deçà de la demande, mais il ne peut se hasarder au delà pour adjuger plus qu'il n'a été demandé.

480. La procédure criminelle offre pourtant une exception à ce principe. Là aussi on trouve un

demandeur; c'est le ministère public : mais les intérêts qu'il prend en main sont trop vastes pour être contenus et resserrés dans les faillibles inspirations d'une volonté individuelle. Devant les juges du délit, le ministère public est moins le représentant de la société que l'interprète de la loi. De même que l'accusé ne peut abdiquer sa défense, la société ne peut aliéner ses garanties. Le juge est seul représentant de ce double intérêt, ou plutôt il est le représentant d'un intérêt unique; car, soit qu'il absolve un innocent, ou qu'il condamne un coupable, la société gagne toujours son procès (1). ART.

Mais, en matière civile, les parties sont seules gardiennes de leurs intérêts privés, et le juge n'a pas le pouvoir de se montrer plus vigilant qu'elles-mêmes. Le demandeur fixe à l'avance, par ses conclusions, les termes extrêmes du jugement, sauf le droit qui lui appartient, puisque les conclusions sont son œuvre, de les restreindre ou de les étendre jusqu'à la décision définitive.

Ce droit de prendre des conclusions nouvelles

(1) Arrêt de la cour de cassation du 14 pluviôse an XII. Merlin, Questions de droit, v° *ministère public*, § 5, n° 1.

Art. n'appartenait pas au demandeur, et d'autres principes devaient être suivis, lorsque, sous l'empire de la procédure romaine, le juge recevait du magistrat, comme règle de conduite, une formule impérative.

Alors, bien loin de pouvoir étendre sa demande, il était censé avoir compris dans son action tout ce qu'il pouvait exiger en vertu du droit qui lui servait de base; et ce droit primitif se trouvait éteint dans son intégralité par la novation résultant de la litiscontestation, à moins qu'il n'eût, au moyen d'une *præscriptio*, exprimé des réserves pour l'avenir, en faisant restreindre la formule à la portion actuellement échue de sa créance (1). Ce n'est qu'à une époque postérieure, et lorsque le système formulaire, encore en vigueur, eut abandonné peu à peu ses rigueurs primitives aux envahissements successifs de l'équité, que, pour remédier à l'inconvénient résultant du défaut de *præscriptio*, le demandeur put recourir à une restitution *in integrum*, ou repousser l'exception *rei judicatæ* ou *in judicium deductæ* au moyen d'une réplique de dol (2).

(1) *Gaius*, Comm., 4, § 131.
(2) L. 2, Cod. de judiciis.

Lorsque le système formulaire fut aboli, et qu'il fut permis au demandeur de préciser lui-même ses prétentions devant le magistrat chargé de prononcer la sentence, il dut avoir la faculté de modifier son action, de l'agrandir et de lui donner une physionomie nouvelle. Imparfaite dans ses effets, la litiscontestation n'absorbe plus le droit préexistant, qui continue de vivre comme principe générateur des conclusions additionnelles que le demandeur a la faculté de formuler (1). Aussi la novation ne s'opère plus que par la sentence; l'exception *rei in judicium deductæ* disparaît de la compilation justinienne, et l'exception *rei judicatæ* conserve seule ses effets. ART.

Marche toujours uniforme des institutions romaines, progression reproduite sous tous les aspects du droit! les entraves de la forme successivement détruites, on vit, au lieu de la formule immuable des anciens temps, l'action abandonnée à la volonté mobile du plaideur. Puis l'œuvre inachevée de la science a passé comme un dépôt entre les mains de nos pères,

(1) *Post litem contestatam, in judicio actione deductâ, habitoque inter partes de negotio principali conflictu*, etc. Cod. Theodos. l. unic. de act. cert. temp. fin.

ART. et ils nous l'ont transmise épurée par le temps et perfectionnée par la pratique.

C'était en effet comme un calque grossier des dernières transformations de la procédure romaine adaptée aux institutions de la féodalité, que ces dispositions des ordonnances de nos rois sur le fait de la justice, qui réglèrent les formes à suivre, lorsque le duel judiciaire eut disparu, et que le jugement des hommes eut remplacé les décisions de cette force aveugle qu'on appelait le jugement de Dieu.

« Ajournement n'est valable, disent les anciennes ordonnances, s'il n'est fait du mandement du juge. » Le demandeur s'adressait donc directement au magistrat, qui faisait semondre le défendeur de comparaître au jour indiqué. C'était la *sententia commonitoria* (1), notifiée par les *executores*, et qui ouvrait l'instance dans la procédure *extra ordinem* du droit romain.

« Li prévost semondra celui dont on se plaindra, et quand les parties vendront à ce

(1) On l'appelait aussi *admonitio*, *commonitio*, *conventio*, *citatio*. C'était une ordonnance en vertu de laquelle le défendeur était assigné.

jor, li demandieres fera sa demande, et celui à qui len demande respondra (1)....... » Art.

On conçoit que dans un pareil système, suivant lequel le défendeur ne connaissait l'objet de la demande que par l'exposé qui en était fait devant le juge, il n'y avait guère d'intérêt à distinguer entre les conclusions principales ou incidentes, puisque, le terrain du procès n'étant pas fixé à l'avance, on pouvait formuler toutes demandes selon son bon plaisir. « Toutes fois et quantes que la partie se trouve présente en jugement, disent nos vieux auteurs, *indifféremment en toutes causes* il n'est pas besoin de la faire adjourner; la raison est pour ce que qui a la présence de la partie, il est parvenu à l'effet et cause finale de l'adjournement, *d'autant que l'effet d'icelui n'est autre chose que la comparition* (2). »

Sous ce rapport, et en ne faisant de l'ajournement qu'une simple sommation de comparaître, on s'était écarté des principes plus

(1) Etablissements de saint Louis, liv. 1er, chap. 1er. — V. Théorie de la proc. civ., t. 2, p. 79.

(2) Fontanon sur Mazuer, tit. 1, n° 8. — Il appuie cette opinion sur le sentiment de Balde et de Barthole.

Art. sévères du droit romain. Au temps de Justinien, une simple *admonitio* n'était pas suffisante, et le défendeur devait connaître l'objet de la demande au moyen d'un *libellus conventionis*, qui lui était remis vingt jours avant la comparution devant le juge (1).

Cette garantie retrouva sa place dans l'ordonnance de 1539, art. 16, qui exigea que tous les ajournements fussent libellés, c'est-à-dire qu'ils continssent l'objet de la demande et les moyens à l'appui ; et l'ordonnance de 1563, art. 1er, vint attacher la peine de nullité aux infractions à cette règle, reproduite par l'article 1er du titre 2 de l'ordonnance de 1667.

A partir de cette époque, il devint facile de reconnaître le caractère d'une demande incidente. Toutes les conclusions prises devant le juge en dehors des termes de l'ajournement libellé, survenant dans le débat pour en reculer les limites, étaient de celles dont on pouvait dire : *Incidunt in rem de quâ agitur.*

Mais, en même temps que la nécessité de préciser dans l'ajournement l'objet de la de-

(1) Novelle 53, chap. 3.

mande rendait plus saillante la distinction Art.
entre les conclusions principales et incidentes, cette garantie nouvelle accordée au défendeur venait restreindre pour l'autre partie le droit de soumettre au juge des conclusions additionnelles. L'ajournement avait pris tout à coup un caractère nouveau : avec ces éléments qui le constituaient, la nécessité d'indiquer l'objet et les moyens de la demande, ce n'était plus une simple sommation de comparaître, un acte *dont l'effet n'est autre que la comparition;* c'était une véritable mise en demeure de satisfaire à la demande (1). Ce n'était pas seulement dans le but de mettre le plaideur en état de préparer sa défense, c'était aussi une mesure introduite en haine des procès, ayant pour objet de donner au défendeur le moyen d'y

(1) L'ajournement contenait souvent un commandement au défendeur d'exécuter ce qui était demandé : « Et baille souvent le juge en mandement au sergent de faire commandement au défendeur de faire le contenu de la demande du demandeur, comme si jà il étoit condamné; mais il met la clause : *et en cas d'opposition, refus ou délai, ajournez les opposans, refusans ou dilayans, à certain et compétent jour.* Auquel cas le commandement est converti en simple ajournement. » Imbert, Practique civile, liv. 1, ch. 2, n° 3.

ART. couper court en prononçant lui-même sa sentence et en s'exécutant. Progrès incontestable, qui contenait en germe et pouvait faire pressentir l'institution moderne de la conciliation.

Le défendeur n'ayant à répondre qu'à une demande déjà précisée, à repousser qu'une attaque déjà prévue et tentée à découvert, eût donc pu opposer une fin de non-recevoir à toute demande nouvelle inopinément produite dans le cours de l'instance, et refuser de commettre ses droits aux mystérieux hasards d'une lutte imprévue. L'application absolue de l'article 16 de l'ordonnance de 1539 eût amené comme conséquence la proscription de toute demande incidente. Cependant la faculté de présenter des conclusions additionnelles avait un avantage considérable, celui de renfermer dans une même instance, de régler par une même procédure, de soumettre quelquefois à une décision unique, ce qui, par une application rigoureuse de l'ordonnance, eût dû faire la matière de deux procès successifs.

La conciliation de ce double intérêt était facile; elle résidait dans une distinction.

Admettre le demandeur à s'emparer du prétexte de telle demande légalement introduite, pour jeter à l'improviste, au milieu du débat,

des conclusions étrangères à l'instance principale, c'était laisser éluder le texte formel de l'ordonnance. Art.

Mais, si l'on suppose que les conclusions nouvelles ne sont que la conséquence directe de la demande exposée dans l'ajournement, une extension à la cause de l'action primitive, par quel scrupule de forme, le défendeur aurait-il le droit de refuser la discussion, sous le prétexte que ces conclusions nouvelles dépassent l'objet de la demande et ne sont pas comprises dans l'ajournement ?

L'incident se rattache alors par son origine et sa nature au procès principal. Ils puisent leur substance dans un droit unique, se soutiennent par les mêmes moyens, ou tombent devant la même défense.

Si cette distinction n'avait pas la consécration des textes, la doctrine et la pratique avaient suppléé à leur silence.

D'Argentré disait : « *Nullus tenetur respondere, nisi antè citatus fuerit. Imò verò ipsam ad causam de quâ agitur citatum esse oportet, nam ex aliâ evocatus, alteri non respondet* (1). »

(1) Commentaire sur la coutume de Bretagne, article 23.

ART. « On peut, suivant Rodier, former de part et d'autre, durant le cours d'un procès principal, de nouvelles demandes qu'on appelle incidentes parce qu'elles viennent à l'occasion du procès déjà formé, et qu'on suppose *qu'elles y ont quelque rapport* (1). »

« Ce n'est point, dit l'auteur du Répertoire, blesser l'ordonnance que d'augmenter les conclusions de sa demande, lorsque c'est par oubli qu'on a omis de demander tout ce qu'on avait à prétendre, et que ce qu'on demande de plus *a une relation sensible à ce qui a déjà été demandé* (2). »

Le code de procédure exige, comme les ordonnances, l'indication précise dans l'ajour-
61. nement de l'objet de la demande et des moyens à l'appui; il a de plus maintenu la nécessité

(1) Sur l'ordonnance de 1667, tit. 11, art. 23, quest. 1re. — Cependant il ajoute: « Il n'y aurait aucun inconvénient qu'en première instance, après une première demande formée, on en formât d'autres contre la même partie, quoiqu'elles n'eussent aucun rapport avec la première. » Ainsi, après avoir posé le principe, Rodier ne voit aucun inconvénient à le laisser sans application. J'ai dit en quoi consistait cet inconvénient.

(2) Répertoire de jurisprudence, v° *demande*, nos 8 et 10.

du préliminaire de conciliation. La demande incidente ne doit donc être accueillie qu'autant qu'elle peut emprunter aux formalités suivies pour le procès originaire, le privilége de recevabilité, qui ne réagit sur elle et ne lui est communiqué qu'à raison de la connexité qui unit une demande à l'autre. ART.

C'est cependant un préjugé invétéré chez quelques praticiens, que l'on a le droit de former incidemment contre son adversaire les demandes les plus diverses, par cela seul *qu'on le trouve en cause.* D'ailleurs celui-ci n'aurait pas, suivant eux, à se plaindre, si des délais suffisants lui sont accordés pour préparer ses défenses, depuis le moment où les demandes nouvelles se sont produites. Mais c'est là une erreur : il ne s'agit pas d'une question de délais, il s'agit d'une question de recevabilité; et quand bien même la demande ne serait pas de celles qui sont soumises au préliminaire de conciliation, le défendeur invoquerait la maxime : *Nullus tenetur respondere nisi antè citatus fuerit.* — Quant à cette circonstance que le défendeur est déjà en cause, elle est sans importance, puisque la loi veut qu'il soit en mesure de reconnaître ou de contester la légitimité de la demande, avant de

Art. toucher le seuil du tribunal. Avec de pareils raisonnements on arriverait bientôt à regarder comme régulière une procédure par laquelle on assignerait une partie en lui laissant ignorer l'objet de la demande, sauf à le lui faire connaître quand elle se présenterait à l'audience, et à lui accorder des délais pour préparer sa défense.

Enfin cette condition, d'une origine commune avec la demande principale, exigée pour l'admissibilité de la demande incidente, se justifierait encore par le genre de procédure que celle-ci comporte. C'est en effet un simple acte de conclusions qui suffit à l'instruction de l'incident; preuve évidente que la loi a considéré la demande incidente comme secondaire, et comme se rattachant à l'action principale par la communauté des moyens.

Aussi la compétence du tribunal pour statuer sur l'incident, qui lui est soumis par le demandeur, sera-t-elle toujours certaine, lorsque la demande additionnelle aura été formée dans les limites qui viennent d'être fixées (1), car sa

(1) Il n'est pas besoin de faire remarquer que la *valeur* de la demande *additionnelle* ne doit jamais être considérée isolément, pour fixer la compétence, mais s'ajouter au montant de la demande principale.

compétence participera nécessairement de celle Art.
qui lui appartient pour statuer sur le principal, quelle que soit d'ailleurs sa juridiction ordinaire ou exceptionnelle. Seulement, si l'on se trouvait devant un tribunal dont la compétence ne s'élevât que jusqu'à une somme déterminée, comme la justice de paix, le demandeur ne pourrait être admis à prendre des conclusions incidentes, qui, jointes à la demande principale, dépasseraient le chiffre de la compétence du juge (loi du 25 mai 1838, art. 9).

Je me résume en disant : Aucune demande incidente n'est recevable de la part du demandeur originaire, qu'à la condition d'avoir avec l'instance principale identité de cause et d'origine. Il ne reste qu'à faire l'application de cette règle.

Les demandes incidentes, en les supposant formées dans les conditions légales, peuvent se diviser ainsi : Les unes ont un caractère *provisoire* (1), et doivent recevoir une solution avant le jugement définitif : — ainsi une provision est

(1) Il ne faut pas confondre les demandes *provisoires* avec les demandes *incidentes*. Si une demande en provision ou en nomination d'un séquestre était formée par voie d'ajournement, elle serait *principale*, et n'en conserverait pas moins son caractère *provisoire*.

Art. demandée au milieu des involutions d'une procédure en séparation de corps ;—c'est un séquestre, — ou le versement d'une somme à la caisse des consignations, que l'on sollicite dans le cours d'une instance. On conçoit que tout l'avantage résultant de ces incidents disparaît
338. s'ils ne sont jugés avant le principal. C'est à ces sortes de demandes que l'article 338 fait allusion en disant qu'elles seront jugées par préalable. Cependant, bien que tout l'intérêt paraisse résider dans la priorité de la
134. décision à rendre sur l'incident, l'article 134 fait un devoir aux juges de prononcer sur le tout par un seul jugement, lorsque la cause est en état sur le provisoire et sur le fond. Au premier aperçu, il semble qu'en jugeant le définitif il n'y ait plus à s'occuper du provisoire; mais, indépendamment de la question des dépens faits sur la demande incidente, et qui justifierait l'examen auquel doit se livrer le juge, il y a un intérêt plus sérieux à statuer sur le provisoire, même quand le fond est en état : c'est que l'exécution du jugement sur le fond pourra en général être suspendue par un appel, tandis que le jugement sur le provisoire entraînera dans la plupart des cas une exécu-
135. tion que ne pourraient suspendre les voies ordinaires de recours. De sorte que pendant les

délais de l'instance d'appel, la partie pourra profiter du bénéfice de la décision par elle obtenue sur le provisoire. Art.

Il est d'autres demandes incidentes qui, à l'inverse, ne peuvent recevoir de solution que par le jugement définitif, auquel elles paraissent subordonnées. — C'est une restitution de fruits à laquelle on n'avait pas conclu dans le principe, en revendiquant un immeuble ; — des intérêts sont demandés dans le cours de l'instance qui a pour objet le payement de la somme principale ; — ce sont des dommages-intérêts pour la réparation d'un fait attentatoire au droit de propriété ou de créance, qui fait l'objet de l'instance originaire ; — ou bien des conclusions accessoires, comme l'exécution provisoire ou la contrainte par corps, sur lesquelles l'ajournement ne s'expliquait pas. Toutes ces demandes, on le conçoit, sont comme une dépendance du fond, et ne peuvent être jugées qu'avec lui.

Enfin, sous un nouveau point de vue, on peut tracer une autre division.

Parmi les demandes incidentes, les unes ont pour objet une créance déjà exigible à l'époque où s'est engagée l'instance principale; les autres ne pouvaient pas se produire encore

Art.

lors de l'ajournement, parce que, si leur cause remonte à l'origine de l'action principale, condition nécessaire pour qu'elles puissent être admises, cependant le terme n'en était pas encore échu au moment où l'instance s'est ouverte. Telles seraient, dans ce dernier cas, les conclusions incidentes, par lesquelles on réclame des intérêts, des fruits, des loyers ou autres accessoires échus depuis l'instance, qui a pour objet le payement d'un capital, ou une revendication, ou l'exécution d'un bail; — ou bien encore, les demandes en dommages-intérêts, lorsque le fait qui y donne lieu, bien qu'il s'attaque au droit débattu dans l'instance, est survenu depuis l'ajournement. — Du reste, cette distinction résultant de l'époque d'exigi-
464. bilité, n'a guère d'intérêt que lorsqu'elles sont formées pour la première fois en appel.

Il y a pourtant un cas dans lequel la demande incidente peut avoir une *cause* distincte et née seulement depuis le procès engagé. Ce cas se présente lorsque dans le cours de l'instance, une partie réclame des dommages-intérêts, à raison du préjudice que lui font éprouver des injures ou des diffamations dirigées contre elle, soit dans les plaidoiries, soit dans les écritures de son adversaire.

Mais cette exception à la règle déjà posée, Art.
que l'incident et le principal doivent être unis par l'identité de la cause ou de l'origine, se justifie à l'aide de principes tout particuliers.

Le législateur a fait une large part à la position du plaideur. L'article 23 de la loi du 17 mai 1819 n'accorde l'action criminelle que pour les faits diffamatoires *étrangers à la cause;* encore faut-il qu'elle ait été réservée aux parties par les tribunaux. Cependant, si la loi se montre indulgente pour les égarements du plaideur, lorsqu'il a pour excuse son intérêt personnel, ce guide toujours aveugle, elle ne lui permet pas, on le conçoit, de pousser impunément la logique jusqu'à l'outrage, et la vérité jusqu'au cynisme. Il n'aura pas alors, s'il s'agit de faits relatifs à l'attaque ou à la défense, à répondre devant la justice crimi- 1036
nelle de cet abus coupable de son droit; mais le tribunal saisi de la cause pourra, en statuant sur le fond, prononcer la suppression des écrits diffamatoires, et le condamner en des dommages-intérêts.

Ce droit attribué aux tribunaux, quelle que soit leur juridiction, s'explique par la nature même de l'incident sur lequel ils prononcent. C'est une sorte de délit *prétorial*, dont la connaissance devait appartenir aux juges devant

Art. lesquels il a été commis, parce qu'ils ont à venger une offense qui remonte à la justice elle-même, et qu'ils sont en même temps plus à portée de mesurer les limites qui ne devaient pas être dépassées, et d'apprécier à quel point l'exercice d'un droit légitime s'est exagéré jusqu'à la criminalité de l'abus. Tel est le cas unique dans lequel le demandeur peut formuler des conclusions nouvelles indépendantes de l'instance principale, et dont la cause serait née depuis cette instance.

Le principe posé n'en subsiste pas moins dans sa généralité. Cependant on pourrait citer de nombreux exemples de la violation de cette règle si simple, qui repose sur les garanties que la défense est en droit d'invoquer.

Ainsi, il a été jugé qu'une demande en séparation de corps est valablement formée par des conclusions incidentes et additionnelles à l'instance en séparation de biens déjà pendante devant le tribunal (1).

Cette décision ne s'appuie sur aucune base légale, et tendrait à nous ramener aux temps où l'on tenait : « que toutes fois et quantes que

(1) Arrêt de Paris, 6 août 1840. Dalloz, 1841, 2, 48.

ART.

la partie se trouve présente en jugement, indifféremment en toutes causes il n'est pas besoin de la faire adjourner. »

La demande en séparation de biens a pour cause le désordre des affaires du mari (1); la demande en séparation de corps repose sur des causes d'une tout autre nature (2). Il n'y a donc aucune connexité entre elles. Bien plus, la demande incidente a pour résultat d'anéantir et d'absorber la demande introductive, c'est-à-dire de substituer une action entièrement nouvelle à celle qui avait été l'objet de l'ajournement. A la vérité, la séparation de corps entraîne la séparation de biens, mais comme conséquence légale et sans qu'il soit besoin d'y conclure (3); de sorte que l'action originaire qui devrait servir de base aux conclusions incidentes, et justifier leur subite intrusion dans l'instance, s'efface ici complétement pour laisser isolée la demande nouvelle qui l'absorbe, et qui incidemment introduite a cependant tous les caractères d'une action principale et indépendante.

(1) Art. 1444 cod. civ.

(2) Art. 229, 230, 231, 232 et 306 cod. civ.

(3) Art. 311 cod. civ.

Art. Ajoutez à cela que la demande en séparation de corps est soumise à une tentative de conciliation devant le président du tribunal, et que
878. par cette marche tortueuse les prescriptions de la loi seraient impunément éludées (1).

Il ne reste plus qu'à s'expliquer sur les formes et les délais à observer pour présenter les demandes incidentes.

J'ai déjà dit qu'elles devaient être formulées
337. par un simple acte *d'avoué à avoué* contenant les moyens et les conclusions; on en sait la raison : les moyens signifiés à l'appui de la demande principale, concourent à la justification des conclusions incidentes, puisque leur origine est la même; il suffit aussi que le défendeur à l'incident, qui a déjà fait connaître ses moyens contre l'action principale, donne sa réponse à la demande incidente dans la

(1) Dans l'espèce de l'arrêt du 6 août 1840, le motif de la séparation étant une condamnation afflictive et infamante, il n'y avait pas lieu, d'après l'arrêt, à appeler l'époux défendeur devant le magistrat conciliateur. — En admettant cette décision, que j'aurai à examiner plus tard, les autres raisons que j'ai données suffiraient pour justifier ma solution.

forme d'un simple acte : c'est l'application du Art.
même principe.

Ce simple acte de conclusions, non grossoyé, pour lequel l'article 71 du tarif ne passe qu'un droit fixe, doit, aux termes de l'article 70 du décret du 30 mars 1808, être signifié trois jours au moins avant l'audience. Cependant l'inobservation de cette forme et de ce délai ne serait pas de nature à élever une fin de non-recevoir, puisque les articles 33 et 72 du même décret permettent de modifier les conclusions ou d'en prendre de nouvelles sur le barreau; seulement la partie défenderesse à l'incident pourrait, dans ce cas, obtenir un délai pour répondre.

La loi dispense même le demandeur à l'incident de signifier copie des pièces justificatives; il peut se borner à offrir de les communiquer sur récépissé ou par la voie du greffe.
— Enfin, si l'on suppose que le tribunal ait 338.
ordonné, sur l'instance principale, une instruction par écrit, la demande incidente qui viendrait à surgir ne serait pas nécessairement soumise à la procédure exceptionnelle qu'exige la complication du procès originaire. Il y a présomption que l'incident présente des éléments plus simples et d'une appréciation plus

Art. facile; il devra donc être porté à l'audience *pour être statué ce qu'il appartiendra*; c'est-à-dire que, suivant les cas, il sera jugé sur plaidoirie, par préalable, ou en même temps que la cause principale; ou même, si la présomption de la loi disparaissait devant une complication réelle de l'incident, il devrait être compris dans l'instruction écrite qu'exige la demande originaire.—Ainsi, à chaque, pas se révèle cette intention du législateur, de ne pas permettre que l'incident puisse entraîner pour les parties un surcroît de délais, de procédures et de frais.

C'est à la même pensée que remonte la disposition d'après laquelle toutes les demandes incidentes doivent être formées en même temps. Le demandeur à l'incident ne sera pas forclos sans doute pour ne s'être pas conformé à cette règle, et ses conclusions nouvelles n'en seront pas moins recevables; mais les frais des demandes qui seraient formées postérieurement à la signification d'une première demande incidente resteront dans tous les cas à sa charge, si *leurs causes* existaient déjà à l'époque où la première a été formée. Il est important de remarquer que le mot *causes* est ici détourné de son sens juridique, et qu'il faut se reporter uni-

quement à l'époque de l'*exigibilité*. La cause existe dès que le droit a pris naissance; mais la loi ne peut imposer l'obligation de le faire valoir avant que le terme ne soit échu (1). ART.

En se reportant à cette forme d'un simple acte indiquée par la loi pour les demandes incidentes, on voit qu'elle suppose nécessairement la présence des avoués en cause. La conséquence naturelle est, que si le défendeur n'a pas constitué avoué, la demande incidente ne peut pas être formée par des conclusions additionnelles, qui seraient nécessairement ignorées du défaillant, et qu'il eût peut-être combattues; tandis qu'il passe condamnation sur la demande principale, dont l'objet lui est révélé

(1) Pothier, dans son Traité de la procédure civile, partie 1re, ch. 2, fait remarquer que, par application de l'art. 6, tit. 20 de l'ordonnance de 1667, toutes les demandes incidentes, soit du demandeur, soit du défendeur originaire, doivent, *à peine de déchéance*, être formées par un seul acte, lorsqu'elles ne sont pas entièrement justifiées par écrit, et qu'elles sont d'ailleurs soumises aux règles générales sur la preuve testimoniale. — L'article de l'ordonnance ayant été reproduit dans l'article 1346 du code civil, cette observation a conservé toute son importance.

ART. par l'ajournement : tout le monde est d'accord sur ce point (1).

Sans doute le droit du demandeur peut se produire encore, et prendre une extension nouvelle, car son action n'est pas éteinte, par cela seul qu'elle ne s'est pas développée dans son intégralité, au moment où l'ajournement a saisi le tribunal; mais l'instance ne peut plus s'agrandir hors la présence du défendeur, et les termes s'en trouvent définitivement fixés. Rigoureusement, le demandeur devrait dans ce cas introduire, par voie d'ajournement, une autre instance comprenant les demandes qui auraient fait l'objet des conclusions incidentes si le défendeur eût constitué avoué. Les deux instances marcheraient parallèlement, sauf le droit de les confondre en une seule, au moyen d'une jonction qui pourrait être prononcée, même d'office, par le juge, en l'absence du défendeur, puisqu'elle a pour motif principal le bon ordre de la justice et l'intérêt public, toujours compromis par la contrariété possible de deux jugements.

Mais cette demande nouvelle formée par voie d'ajournement ne pourrait participer

(1) Rodier, Quest. sur l'ordonn. de 1667, tit. 5, art. 4.

aux priviléges dont la loi a entouré les Art. demandes incidentes. Je l'ai déjà dit : la demande n'est incidente ou principale qu'à raison de la forme sous laquelle elle s'est produite. Dès lors toute demande formée par ajournement, quel que soit son objet, est nécessairement principale ; et comme elle serait en même temps introductive d'une instance distincte de celle qui existe déjà entre les parties, elle serait soumise au préliminaire de conciliation, à moins qu'elle n'en fût exempte à raison de quelque privilége de sa nature, ou de la qualité des parties.

Si l'on reconnaît à cette instance complémentaire ainsi formée, les caractères d'une demande principale, on arrive à une conséquence qu'il importe de signaler.

Supposez en effet que, dans la demande primitive, on ait omis de demander l'exécution provisoire, dans les cas où elle est autorisée par la loi, ou de conclure à la contrainte par corps lorsque cette voie d'exécution est permise, le demandeur aura sans doute la faculté de réparer cet oubli par des conclusions incidentes, en admettant que le défendeur ait constitué avoué; mais si celui-ci n'a pas comparu, le demandeur pourra-t-il employer la voie

ART. que j'indiquais tout à l'heure, et par un ajournement introduire une instance séparée ayant pour objet unique d'obtenir l'exécution provisoire ou la contrainte par corps?

Il ne saurait en être ainsi : ce sont là des demandes qui ne doivent jamais être isolément formulées; leur nature répugne à ce qu'elles puissent se produire autrement que comme accessoires d'une condamnation qui oblige à donner ou à faire. Que les juges aient omis
136. de prononcer l'exécution provisoire ou la contrainte par corps, ils n'auront pas le pouvoir de la prononcer par un second jugement (1). C'est qu'en effet, une fois dessaisis de la connaissance du fond, les juges ne se trouveraient plus en présence d'aucun intérêt appréciable auquel puisse se rattacher la demande; car l'exécution provisoire ou la contrainte par corps ne sont pas, à proprement parler, des condamnations, mais des *modalités* de la condamnation sur le fond. C'est le même motif qui s'oppose à ce qu'elles puissent faire l'objet d'une instance principale ayant pour

(1) V. tome 2, p. 565. — En ce qui concerne la contrainte par corps, voyez arrêt de Trèves, 24 mars 1809; Dalloz, Jurisp. gén., tome 3, p. 772, et Paris, 28 germinal an XIII, *ibid.*, p. 331.

but de suppléer à ce qu'auraient d'incomplet Art. les conclusions formulées dans une autre instance actuellement pendante.

Pour donner une force empruntée à cette demande impuissante à se soutenir elle-même, on ne pourrait même pas en faire prononcer la jonction avec l'instance engagée sur le fond. Une instance qui n'est pas née viable ne peut puiser dans un semblable remède des conditions d'existence, et recevoir *ex postfacto* la légitimité qui lui manque : ainsi, en admettant que le défendeur n'ait pas comparu, on arriverait à cette conséquence, que le demandeur n'aura aucun moyen d'obtenir soit l'exécution provisoire, soit la contrainte par corps à laquelle il n'aurait pas conclu par son exploit d'ajournement; il ne pourrait que se désister de l'instance pour en introduire une nouvelle qui réparât les omissions de la première.

Mais cette solution serait bien sévère; le désistement n'est pas toujours sans inconvénient; et, d'ailleurs, pourquoi le demandeur serait-il, par le fait de la partie défaillante, privé du droit d'augmenter sa demande? Aussi me paraîtrait-il trop rigoureux, dans ce cas, de considérer l'ajournement contenant les conclusions nouvelles, comme introductif

Art. d'une instance distincte de la première; et je pense qu'on pourrait le rattacher à l'instance déjà pendante, en déclarant qu'il ne sera sollicité *qu'un seul jugement sur le tout*. Alors il ne serait plus nécessaire de passer une seconde fois en bureau de paix; et toutes les demandes nouvelles qui eussent pu faire l'objet de conclusions incidentes seraient ainsi valablement formulées, si le défendeur n'avait pas comparu.

On a vu par ce qui précède que les formes indiquées par la loi, pour les demandes incidentes, ne peuvent être suivies, si le défendeur n'a pas d'avoué; mais supposez que, défaillant et condamné, le défendeur signifie une opposition dans les formes et les délais fixés par la loi,
162. alors toutes ces difficultés s'évanouissent; le jugement par défaut s'efface; l'instance, dégagée de tout précédent, poursuit sa marche, et les deux parties, légalement représentées, se trouvent dans la lice avec les droits respectifs que comportent les qualités de demandeur et de défendeur. Le demandeur alors aura le droit de prendre, par un simple acte, des conclusions additionnelles à sa demande primitive. On objecterait en vain que l'opposition profite seulement à la partie qui l'a formée, et que l'autre ne saurait s'en prévaloir pour obtenir une con-

damnation plus étendue : l'opposition fait disparaître la décision provisoire prononcée en l'absence du défendeur, et remet les choses dans l'état où elles étaient avant le jugement par défaut. En cela, la voie de l'opposition diffère essentiellement de l'appel ; car les parties ne pourraient former des demandes incidentes sur l'appel, que dans les cas exceptionnels prévus par l'article 464. C'est qu'alors un nouveau principe vient élever un obstacle contre l'exercice de cette faculté : la nécessité de passer par le premier degré de juridiction, avant de s'élever à la juridiction souveraine. Mais l'opposition ne crée pas une juridiction nouvelle ; c'est l'instance primitive qui suit son cours, et qui, chemin faisant, jusqu'au jugement définitif, s'agrandit et se développe, à mesure que se produisent les prétentions des plaideurs. Art.

Je viens de dire que, jusqu'au jugement définitif, des conclusions nouvelles pouvaient être signifiées par les parties. Ceci exige une explication, et il faut l'entendre avec les restrictions qui découlent des principes posés dans les chapitres précédents. Ainsi une cause est-elle communicable, le ministère public une fois entendu, les parties ne peuvent plus changer leurs conclusions ou former des demandes nou-

Art. velles (art. 87 du décret du 30 mars 1808). — Un délibéré est-il ordonné, aussitôt le droit de modifier l'état ou l'aspect de l'affaire cesse pour les parties, quel que soit le temps qui doive s'écouler encore jusqu'au jugement définitif (1). C'est ce que disait expressément un édit du 18 juin 1769 (2); c'est ce qu'il faut dire encore aujourd'hui. La tâche des plaideurs est close lorsque l'office du juge commence; les termes de la décision à rendre échappent aux tardives rectifications des parties; le juge s'est approprié ces éléments du procès par la déclaration qu'il en sera délibéré, et reste seul régulateur des intérêts qui lui sont soumis.

Mais en devrait-il être ainsi dans le cas où interviendrait une déclaration de partage, et des conclusions nouvelles pourraient-elles être prises devant les juges appelés à le vider? M. Pigeau (3) et M. Chauveau (4), et deux arrêts,

(1) Cette question est traitée avec beaucoup de développements au tome 2, p. 315.

(2) « Les affaires mises en délibéré seront jugées dans les trois jours; défenses sont faites aux procureurs de former des demandes nouvelles et de signifier de nouveaux écrits. »

(3) Comment., tome 1, p. 281 et 598.

(4) Dans la nouvelle édition qu'il a donnée des Lois de la procédure civile, par Carré, questions 493 *quater* et 1268 *bis*.

l'un de Rouen, l'autre de Nîmes (1), refusent ce droit aux parties. Je pencherais pour l'opinion contraire. Art.

Dans les principes nouveaux introduits par la loi du 14 prairial an VI, et reproduits par le code de procédure, se trouve, je crois, la solution de la difficulté : En cas de partage, dit 118.
l'article 118, *l'affaire sera de nouveau plaidée.* Les parties n'ont donc pas encore accompli leur tâche. Elles doivent conclure de nouveau devant le tribunal composé pour vider le partage; les conclusions par elles prises devant les premiers juges sont considérées comme non avenues, à ce point que, faute par l'une d'elles de les formuler de nouveau, le jugement qui statue après partage sera prononcé par défaut. La cause n'est plus en état à partir de la déclaration de partage, et il y aurait lieu à reprise d'instance dans les cas prévus par l'article 344,

(1) Rouen, 11 avril 1809; Dalloz, Jurisp. génér., t. 9, p. 577. Nîmes, 22 février 1812; Journal des Avoués, t. 12, p. 396.

Dans l'arrêt de Rouen, la cour décide qu'un interrogatoire sur faits et articles ne peut pas être demandé après le jugement de partage. Ce n'est cependant pas une demande incidente proprement dite, mais un simple moyen d'instruction.

Art. que j'aurai bientôt à examiner. Le ministère public devra de nouveau donner ses conclusions, si l'affaire est communicable. — Comment admettre dès lors que le jugement de partage, impuissant à conserver aux parties l'avantage de leur position juridique et le bénéfice des conclusions qu'elles ont prises, ait la vertu de fixer irrévocablement cette position à leur préjudice, et de leur enlever le droit de prendre des conclusions nouvelles ?

C'est par une fausse application de l'ancienne jurisprudence que l'on est arrivé à cette conséquence. Sous l'empire des anciens usages, les plaidoiries n'étaient jamais recommencées après partage. C'était un gradué présent à l'audience qui montait sur le siége, et qui dans les justices subalternes remplissait les fonctions de départiteur, ou bien l'affaire était renvoyée à une autre chambre ou au jugement du présidial ou du parlement voisin. Chaque opinion, dans ce cas, était représentée, l'une par le rapporteur, l'autre par le magistrat qui le premier avait ouvert un avis contraire, et que l'on appelait *compartiteur;* ils soutenaient et développaient leur avis devant la chambre à laquelle avait été porté le partage, ou bien ils se transportaient, aux frais des parties, devant le

parlement voisin chargé de le vider (1). Les parties restaient étrangères à toutes ces opérations. On conçoit dès lors qu'elles n'avaient pas la faculté de former des demandes nouvelles, car tout rentrait désormais dans le ministère du juge ; elles n'avaient que le droit de produire de nouveaux actes, et, s'ils étaient décisifs, les juges appelés à vider le partage le mettaient à néant, et renvoyaient l'affaire, *cum liberâ*, au tribunal qui l'avait déclaré, c'est-à-dire qu'ils rendaient à ce tribunal la liberté d'opiner de nouveau, comme s'il n'eût pas été partagé. « Tant que le partage subsiste en l'état qu'il a été fait, dit Rodier, on ne peut former aucune nouvelle demande dans le procès ; mais lorsqu'on renvoie *cum liberâ*, c'est-à-dire lorsque le partage est mis à néant, on peut donner de nouvelles requêtes et *former de nouvelles demandes*, parce que le procès est revenu au même état (2). » Art.

Aujourd'hui, il est toujours vrai de dire que le procès, après la déclaration de partage, est

(1) Voy. tome 2, p. 411.

(2) Questions sur l'ordonn. de 1667, p. 223. Ce que dit Rodier s'applique plus spécialement à la pratique du parlement de Toulouse.

ART. revenu au même état que si les conclusions étaient prises pour la première fois devant les juges. Ceux-ci sont investis par la loi du droit de prononcer *cum liberâ*, en ce sens qu'ils ne sont pas astreints à choisir l'une ou l'autre des opinions qui précédemment avaient obtenu les honneurs du partage, si un nouvel avis parvient à rallier la majorité; — qu'ils ne sont pas liés par l'avis qu'ils pourraient avoir émis lors de la première délibération;—qu'ils statuent sur les conclusions prises devant eux, et non sur celles qui ont précédé la déclaration de partage. D'après les anciens principes, on aurait reconnu aux parties, dans une hypothèse semblable, le droit de formuler des conclusions nouvelles; je demande pourquoi il n'en serait pas ainsi sous l'empire des principes nouveaux.

J'ai successivement expliqué les conditions auxquelles a été soumis le droit accordé au demandeur de former des demandes incidentes, la forme qui les régit, et l'époque fatale jusqu'à laquelle elles pourraient se produire. Il s'agit maintenant de faire subir le même examen aux demandes incidentes émanées du défendeur, et que dans la langue du droit on appelle *reconvention*.

II. *De la reconvention.* — La qualité de défendeur a des prérogatives que la loi refuse à celui qui attaque. En autorisant le défendeur à former devant le tribunal saisi de l'instance introductive, une demande dont l'effet est de réagir contre le demandeur originaire devenu défendeur à l'incident, la loi admet une exception remarquable aux règles de la compétence, qui exigent, en général, que toute demande en matière personnelle soit portée devant le tribunal du domicile du défendeur, et en matière réelle devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux. Art. 59.

Cette faveur accordée au défendeur de plaider incidemment comme demandeur devant le tribunal déjà saisi, est-elle la seule qu'on doive lui reconnaître, et son droit de former des demandes incidentes n'a-t-il pas d'ailleurs d'autre étendue que le droit attribué en pareil cas au demandeur originaire? Ce dernier ne jouit de ce privilége que lorsque ses conclusions additionnelles ont, avec la demande principale, identité de cause et d'origine. Cette restriction s'appliquera-t-elle avec les mêmes limites à l'adversaire qu'il s'est donné?

Question grave sur laquelle la loi ne fournit que des textes muets en apparence, mais qui

Art. peut emprunter une solution aux monuments de la jurisprudence d'un autre âge, et à ces inspirations de l'équité, dont l'irrésistible impulsion sait se forcer un passage à travers les joints laborieusement soudés de toutes les lois positives.

On sait déjà la différence qui sépare les exceptions proprement dites et les défenses; les unes s'attaquant à la procédure, les autres dirigées contre le droit lui-même (1). Le défendeur a donc une double alternative : refuser le combat en démontrant qu'il n'a pas été engagé conformément aux prescriptions de la loi, ou l'accepter suivant les termes de l'ajournement. Dans ce cas, la position des parties se trouve tracée par la loi. — Le demandeur devra justifier sa demande, et jusqu'à cette justification le rôle du défendeur sera purement passif (2). — Le droit du demandeur est-il justifié, le défendeur doit, à son tour, prouver que ce droit se trouve éteint par une cause postérieure, telle qu'un payement ou une prescription, ou par une cause contemporaine de l'obligation, telle que

(1) Voy. tom. 3, p. 162.

(2) Code civil, art. 1315, § 1.

l'erreur, le dol ou la violence (1). En fournissant cette preuve, il se renferme encore dans son rôle primitif; il n'attaque pas, il se défend, et le résultat de ses conclusions sera pour lui une absolution, mais non pas une condamnation contre le demandeur ; — qu'il fasse un pas de plus, qu'il se prétende créancier de celui qui réclamait contre lui l'acquittement d'une obligation, il devient demandeur incidemment, car il sollicite lui-même une condamnation contre l'agresseur originaire. Art.

Si la démarcation est facile à saisir entre l'exception et la défense, elle n'est donc pas moins tranchée entre la défense qui tend à être renvoyé de l'action, et la demande incidente qui provoque une condamnation.

C'est surtout en se reportant aux souvenirs de la procédure formulaire, que l'on trouve dans la législation romaine cette distinction bien saillante.

A Rome on comprenait sous le terme générique d'*exceptions* ce que nous appellerions aujourd'hui des *défenses*. L'importance des exceptions était une conséquence de la di-

(1) Code civil, art. 1315; § 2.

ART. vision des fonctions judiciaires entre le magistrat et le juge. Le magistrat donnait l'action ou la formule; le juge n'avait d'autre mission que de vérifier la prétention du demandeur, et devait condamner son adversaire si elle était prouvée en fait. Il ne pouvait s'occuper d'aucune défense, d'aucune allégation fondée sur l'équité; car, uniquement chargé d'appliquer la formule, il lui manquait la délégation du magistrat pour apprécier les faits allégués par le défendeur. Il fallait, pour que cette mission lui appartînt, que le magistrat insérât dans la formule cette allégation du défendeur, sous forme d'*exception*, en investissant le juge du pouvoir de l'examiner et d'y avoir égard. L'exception avait alors pour effet de rendre la condamnation conditionnelle, puisqu'en supposant prouvée la prétention du demandeur, la condamnation ne devait être prononcée que si le défendeur n'avait pas justifié son exception (1).

Cependant tout moyen de défense ne devait pas être nécessairement présenté sous la forme

(1) *Omnis exceptio objicitur quidem à reo, sed ità formula inseritur, ut* CONDITIONALEM *faciat condemnationem. Gaïus, Comment.*, 4, § 119.

rigoureuse d'une exception. S'il s'agissait de tel fait qui, d'après le *droit civil*, eût éteint l'action du demandeur, tel que le payement ou la novation, le magistrat, au lieu de préciser ce fait comme exception, refusait la formule elle-même (1), à moins qu'il n'y eût doute et contestation sur le fait extinctif du droit. Il existait aussi une classe d'actions qualifiées de *bonne foi*, dans lesquelles le juge était investi du pouvoir de prendre d'office en considération les faits dont la preuve aurait rendu la prétention du demandeur contraire à l'équité (2). Art.

On avait ainsi pourvu aux intérêts du défendeur, soit en refusant l'action lorsque l'obligation était éteinte d'après le droit civil, soit au moyen de l'exception, lorsque la condamnation, conforme au droit civil, serait contraire à l'équité, soit en sous-entendant l'exception dans les actions de bonne foi.

Mais là s'arrêtait cette protection; le défendeur se trouvait entre ces deux termes extrêmes : être condamné, ou absous, sans que les combinaisons de la formule eussent pourvu

(1) Entre autres cas dans lesquels l'action est refusée, *denegatur actio*, voy. Inst., lib. 4, tit. 7, § 7.

(2) *Quia hoc judicium* FIDEI BONÆ *est, continet in se doli mali exceptionem.* L. 84, § 5, ff. De legatis et fid.

ART. aux éventualités d'une réaction de sa part. L'exception lui permettait de repousser la demande, mais non de se poser à son tour comme demandeur.

Ainsi se trouvait nettement tranchée la distinction que j'ai établie entre les défenses et la demande reconventionnelle. Comment en eût-il été autrement, puisque le juge appelé à prononcer, ministre passif de l'oracle qui disait le droit, n'avait de choix qu'entre l'une ou l'autre de ces paroles consacrées : *Si paret, condemna; si non paret, absolve.*

Le défendeur qui voulait intenter une demande contre le demandeur primitif, devait réclamer lui-même une formule au magistrat. Cette demande était alors renvoyée devant le juge saisi de la première prétention, qui devait statuer sur l'une et l'autre par un même jugement (1) ; ou s'il arrivait qu'il statuât d'abord sur l'une d'elles, l'exécution ne pouvait avoir lieu avant que la seconde sentence n'eût été rendue (2). Mais c'est un point controversé que de savoir si le magistrat saisi du premier procès de-

(1) L. 38, ff. mandati.

(2) L. 1, § 4, ff. quæ sent. sine appell.

venait compétent pour connaître de la demande nouvelle, lorsqu'en la supposant introduite indépendamment de toute autre action, il eût été incompétent pour en connaître. Je croirais cependant que cette circonstance de l'existence d'une première action entre les mêmes parties était sans influence pour lui attribuer une compétence exceptionnelle ; et c'est seulement à partir d'une constitution de Justinien, datée de l'an 530 (1), que l'on peut reconnaître d'une manière certaine, au juge saisi d'une première demande, le pouvoir de statuer sur une demande reconventionnelle, qui eût échappé à sa compétence dans le cas où elle eût été isolément formée. C'est du moins ce qui résulte ART.

(1) Voici le texte de cette constitution importante : « *Cùm Papinianus, summi ingenii vir, in quæstionibus suis ritè disposuerit, non solùm judicem de absolutione rei judicatæ, sed et ipsum actorem, si è contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare; hujusmodi sententiam non solùm roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat judici vel contrà actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nullâ ei opponendâ exceptione quòd non competens judex esse cognoscatur : cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere, et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.* » *L.* 14, *Cod. de sentent. et interloc.*

ART. de ces expressions : *Hujusmodi sententiam non solùm roborandam, sed etiam* AUGENDAM *esse sancimus, etc.* (1).

La demande formée par le défendeur originaire ne jouissait donc, sous l'empire du système formulaire, d'aucune prérogative. C'était une simple circonstance de fait, la coexistence simultanée des deux actions soumises au même juge, qui lui faisait attribuer la qualification de *mutua petitio*, quand elles étaient de nature à se compenser entre elles; sauf au juge, lorsqu'il était appelé à statuer sur l'une et l'autre action, c'est-à-dire lorsqu'elles rentraient également dans sa compétence, à ne prononcer qu'une seule sentence, et à condamner celle des parties qui se trouverait débitrice envers l'autre, en opérant à cet égard conformément aux règles de la compensation. C'est en ce sens que j'interpréterais l'opinion attribuée à Papinien, dans la constitution impériale que je viens d'indiquer.

Mais si la prétention du défendeur, en établissant sa créance, tendait uniquement à se faire absoudre de l'action au moyen d'une

(1) Encore fallait-il, pour établir cette compétence, d'après la constitution de Justinien, que les deux demandes fussent connexes : *in eodem negotio.*

compensation, il lui suffisait, même dans le cas où sa créance n'eût pas été liquide, et où elle eût procédé d'une cause séparée (1), de faire insérer dans la formule de droit strict une exception de dol; et s'il s'agissait d'une action de bonne foi, le juge, sans qu'il fût besoin d'exception, pouvait prendre en considération toute prétention du défendeur et par conséquent la compensation. Dans cette double hypothèse, il n'y avait pas *mutua petitio*, mais une action unique repoussée par la compensation. ART.

(1) La preuve qu'il n'était pas nécessaire que la créance opposée en compensation fût liquide me semble résulter de ce texte de Gaius : « *In compensationem etiam id deducitur*, QUO NOMINE CUM ACTORE LIS CONTESTATA EST; *ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur.* » L. 8, *ff. de compens.*—Relativement à la disparité de la cause, voyez Paul, *Sentent. lib.* 2, *tit.* 5, § 3 : « *Compensatio debiti ex pari specie et* CAUSA DISPARI *admittitur.... licet* EX DIVERSO CONTRACTU *compensare vel deducere debes.* » Cependant Gaius, Comment. 4, § 61, semble exiger que les créances procèdent *ex eâdem causâ;* mais il parle des actions de bonne foi, dans lesquelles le juge, en vertu de ses pouvoirs, ne devait prendre en considération que les prétentions du défendeur, *puisées à la source de la demande.* Plus tard le juge se départit de ce rigorisme de principes.

ART. Tels étaient les principes de la procédure formulaire; ils se résument ainsi : — Le défendeur ne puisait dans cette qualité que le droit de repousser l'action ; — il ne pouvait prendre le rôle de demandeur que dans une instance séparée; — les deux instances pouvaient bien se réunir dans une décision unique, mais, confondues au moment où leur existence légale expire, elles ont cependant un berceau distinct.

Ainsi la formule ne comportait que l'exception, et ne pouvait se prêter à la superposition d'une demande incidente.

Après l'abolition du système formulaire, rien ne s'opposait plus à ce que le défendeur pût user de la faculté d'enter sur l'instance dirigée contre lui une demande reconventionnelle véritablement incidente. La connexité entre la demande principale et la demande incidente ne paraît même pas exigée, au moins à partir de la novelle 96, à l'effet d'attribuer au juge devant lequel est portée l'action du défendeur une compétence qui lui appartient désormais dans tous les cas, quelle que soit la nature de cette action (1).

(1) C'est ce qui résulte de ces expressions de la no-

La recevabilité de la demande reconventionnelle n'est soumise qu'à une seule condition : d'être formée dès le principe de l'instance originaire, *mox à principio convenire* (1); sinon le défendeur devait attendre, s'il voulait plus tard la produire, que le procès engagé fût terminé : *et dùm finem lis acceperit, tunc eum suam causam apud alium judicem proponere* (2). Le défendeur conservait bien toujours la faculté de repousser la demande principale au moyen de la compensation; mais depuis Justinien la compensation ne pouvait plus être opposée que lorsque la créance était liquide et reposait sur un droit certain : *aperto jure, causâ liquidâ* (3). Innovation remarquable aux principes antérieurs, et qui, admise par l'ancienne jurisprudence française, a passé dans l'article 1291 du code civil. ART.

C'est donc à partir de l'abolition du système formulaire que l'on trouve dans une instance unique le double rôle de défendeur et de de-

velle : « *Qui* EX DIVERSO *convenerat.... eumdem esse judicem* IN UTROQUE NEGOTIO. » *Nov.* 96, *cap.* 2.

(1) *Ibid.*

(2) *Ibid.*

(3) Inst. lib. 4, tit. 6, § 30. — L. 14, § 1, Cod. de compens.

Art. mandeur attribué à chacune des parties (1). Le défendeur originaire peut former incidemment, par voie de reconvention, *toutes demandes, quelle que soit leur nature;* mais il ne peut plus *opposer comme défense* le moyen tiré de la compensation, que lorsqu'elle a pour base une créance liquide et un droit incontestable, quelle que soit d'ailleurs son origine.

Notre ancienne jurisprudence n'accepta pas dans le principe ces traditions du droit romain. Chose remarquable, nous l'avons vue consacrer dans l'intérêt du demandeur le droit indéfini de former des demandes additionnelles, droit qui ne fut restreint qu'à l'époque où l'ajournement dut être libellé; et lorsqu'il s'agit, au contraire, des demandes reconventionnelles, ou même de la compensation, on s'étonne du refus que firent d'abord les tribunaux d'en admettre le principe, et de la répugnance avec laquelle on le laissa s'infiltrer peu à peu dans nos coutumes.

Ce n'était pas qu'on eût perdu de vue les

(1) C'est dans un sens tout différent qu'Ulpien a dit : *Mixtæ sunt actiones in quibus uterque actor est.* L. 37, § 1, ff. *de oblig. et act.*

textes et l'esprit des lois romaines. Ces textes vivifiaient encore les décisions du droit canonique, et les sentences rendues par les juges ecclésiastiques étaient comme un écho des constitutions impériales. Les canonistes tenaient en effet *que la reconvention a lieu en cour ecclésiastique*(1), c'est-à-dire que dans ces tribunaux on admettait le défendeur à former *toutes sortes de demandes, quoiqu'elles ne dépendissent pas de la première* (2); qu'on avait étendu la reconvention même aux causes *d'autre nature et d'autre qualité* (3); et que le demandeur était contraint de répondre devant le juge à toutes les demandes qui lui étaient faites, et procéder *sur toutes les actions contre lui intentées, encore qu'elles ne concernassent aucunement le fait de la première demande, mais qu'elles fussent entièrement diverses, distinctes et séparées* (4). ART.

(1) *X. De mut. petit. cap.* 1, 2. — Voy. *Tancredus de judiciorum ordine, edit. Gottingæ*, 1842, p. 187.

(2) Répertoire, v° reconvention, n° 2.

(3) Coquille, question 307.

(4) Bacquet, Des droits de justice, ch. 8, n° 10. — Quelques auteurs plus modernes, notamment Héricourt, Lois ecclésiastiques, p. 819, semblent *douter* que la reconvention doive être accueillie avec cette extension devant les justices ecclésiastiques; mais il faut remarquer

ART. Il en devait être ainsi : les dernières années de la législation romaine s'étaient accomplies sous la visible influence des inspirations de la religion nouvelle, et le flambeau du christianisme jeta seul par intervalles quelques vives lueurs au milieu de ces textes décolorés, nés sur le tombeau de l'ancienne Rome. On conçoit que les hommes d'église, loin de répudier les dernières doctrines du droit romain, durent y reconnaître la pensée de leurs devanciers, et ils les consacraient dans la pratique de leurs tribunaux, tandis que les décrétales continuaient dans la Rome nouvelle l'œuvre interrompue des empereurs.

Mais, devant les juridictions séculières, on enveloppa d'abord dans une même proscription la demande reconventionnelle et la compensation : « *Action* de compensation, que clercs appellent reconvention, n'a lieu en cour laye où on use de coustume locale, c'est-à-dire en pays

qu'ils écrivaient sous l'empire de l'ordonn. de 1667, et qu'ils se fondaient sur ce que son texte ne parlant pas de la reconvention, était censé l'avoir condamnée, et sur ce que l'art. 1 du tit. 1 défendait d'employer dans les *officialités* d'autres procédures que celles prescrites pour les autres juridictions du royaume.

coustumier, » disait Bouteiller en sa *Somme rural* (1). — « Nous n'observons plus, dit Imbert, reconvention ne compensation (2); » pensée que l'on résumait en cet adage : *Une dette n'empêche pas l'autre* (3). Toutes les coutumes y étaient conformes; cependant, lors de la première réformation de la coutume de Paris en 1510, on avait commencé à distinguer entre la compensation et la reconvention; et l'article 74, après avoir posé en principe que « Compensation n'a point de lieu, » ajoutait : « sinon d'une dette claire et liquide à une autre pareillement claire et liquide. » Mais cette faculté d'opposer la compensation n'était pas admise aux prérogatives et aux franchises d'un principe de droit commun, et ne pouvait être exercée, même dans le ressort de la coutume de Paris (4), si au préalable on ne s'était pourvu de lettres royaux. — Quant à la reconvention, elle était formellement repoussée par l'article 75 de la coutume : « Reconvention en cour laye n'a point de lieu. » ART.

(1) Liv. 1, tit. 27, p. 154.

(2) Practique civile, liv. 1, ch. 35, n° 2.

(3) Loisel, Institutes coutum., liv. 5, tit. 2, art. 3.

(4) Arrêt du parlement de Paris du 29 juillet 1541, rapporté par Chopin, sur la coutume d'Anjou, lib. 2, part. 1, cap. 2, tit. 4, n° 16.

ART. La raison pour laquelle on n'avait pas admis la reconvention, c'est qu'elle aurait eu pour effet de rendre compétent et de saisir un tribunal autre que celui devant lequel l'action formée par voie principale eût dû être portée. Les procès étaient une source de revenus pour les seigneurs justiciers; « et par ce moyen, dit Ferrière (1), on préjudicierait aux juridictions des seigneurs, qui sont *patrimoniales*, pardevant lesquels les actions se doivent intenter directement et non obliquement par le moyen de la reconvention. » C'est ce qui explique pourquoi l'on ne se faisait aucun scrupule de permettre *au demandeur* d'augmenter sa demande et de prendre des conclusions nouvelles dans le cours de l'instance; car, dans ce cas, la compétence ne se trouvait pas intervertie.

Il est à remarquer que le consentement des deux parties n'aurait même pas suffi pour investir un juge incompétent du droit de statuer sur la demande reconventionnelle formée par le défendeur contre le demandeur originaire. Les juges de ce dernier, seuls compétents pour connaître des demandes formées contre lui, n'auraient pas manqué de revendiquer la cause;

(1) Sur la coutume de Paris, art. 106, n° 5.

ce que Bacquet explique et justifie ainsi : « Les seigneurs soutiendront que, comme par le droit romain, le maître pouvoit vendiquer son esclave, s'estant retiré hors sa puissance et estant détenu par un tiers ; aussi le seigneur justicier peut vendiquer son sujet, hoste et justiciable estant poursuivi et mis en procès par-devant le juge royal ou par-devant autre juge ; requerront la cause estre renvoyée par-devant leur juge ; et du refus ou deny de renvoy, appelleront comme de juge incompétent et entreprise de juridiction (1). » ART.

Toutes ces raisons pour rejeter la reconvention étaient sans application à l'égard des juridictions ecclésiastiques, puisqu'elles n'étaient pas patrimoniales. D'ailleurs la reconvention était pour elles un moyen d'étendre leur influence, en agrandissant le cercle de leur compétence ; ce qui inspirait à Loyseau cette réflexion : « C'est la vérité qu'à succession de temps la justice ecclésiastique s'est merveilleusement accrue en France (2). »

Ainsi se trouvaient en présence deux jurisprudences antagonistes : l'une, comme à la

(1) Des Droits de justice, ch. 8, n° 8.

(2) Des Seigneuries, ch. 15, n° 55.

Art. dernière époque du droit romain, admettant le défendeur à proposer des demandes reconventionnelles de toute nature ; l'autre qui tenait pour principe de droit commun de n'observer ni reconvention ni compensation.

Mais contre cette prohibition, introduite dans l'intérêt des seigneurs justiciers, protestaient les principes du droit romain, dont les racines vivaces avaient pris possession de notre sol. De tout temps la compensation avait été admise, en pays de droit écrit (1), de chose liquide à chose liquide, même *ex dispari causâ*, sans qu'il fût besoin de se pourvoir de lettres du prince; vers la fin du seizième siècle, les pays coutumiers s'affranchirent eux-mêmes de cette entrave : « Les juges s'élargirent à cet égard, dit Coquille, comme en plusieurs autres cas ès quels on avait accoutumé d'avoir recours en chancellerie; cet usage *nouveau* a été *confirmé* par la nouvelle coutume de Paris, de l'an 1580, art. 105, qui admet compensation de dette liquide à autre dette liquide (2). » Quelques pra-

(1) Bouteiller, Somme rural, tit. 27, p. 154 ; Rebuffe, *in prooem. constit. reg.*, *Gloss*. 5, n° 57; Despeisses, Des contrats, part. 4, tit. 3, n° 4.

(2) Question 306; — arrêt du parlement de Paris du

ticiens continuèrent bien encore, même depuis la nouvelle coutume, à se précautionner de lettres royaux, mais on s'accordait à les considérer comme inutiles. Art.

La coutume de 1580 ne se borna pas à reconnaître d'une manière plus franche que ne l'avait fait celle de 1510, le principe de la compensation; elle fit un pas de plus, et l'article 106, s'expliquant sur la reconvention, posa cette règle remarquable : « Reconvention en cour laye n'a lieu, si elle ne dépend de l'action, et que la demande en reconvention soit la défense contre l'action premièrement intentée; et en ce cas le défendeur, par le moyen de ses défenses, se peut constituer demandeur. » Cette règle ne faisait que consacrer l'interprétation donnée par Dumoulin sur l'article 88 de la coutume de Bourbonnais : *Secùs si reconventio oriatur ex naturâ actionis intentatæ vel ex mediis exceptionis*; interprétation admise déjà par quelques arrêts qui avaient devancé sur ce point le texte de la coutume (1), et reçue de tout temps, même avec une application plus

27 octobre 1595, cité par Charondas, sur l'art. 106 de la coutume, p. 181.

(1) Notamment par un arrêt du parlement de Paris

ART. large, dans les pays de droit écrit (1), malgré l'influence des juridictions seigneuriales.

Le droit de former une demande reconventionnelle se trouva donc soumis à une double condition : — la reconvention devait à la fois dépendre de l'action, — et servir de défense contre elle. Par exemple, le demandeur originaire agit en payement de fermages; le défendeur prétend que, par le fait du demandeur lui-même, il n'a pu jouir des lieux affermés, et se constitue incidemment demandeur, soit en répétition de fermages qu'il aurait payés par anticipation, soit en payement de dommages et intérêts à raison du défaut de jouissance. La reconvention est recevable aux termes de la coutume; car elle a son origine dans le contrat même d'où l'action est née, et les moyens fournis à l'appui sont en même temps une défense pour repousser la demande primitive, *quasi ad repugnandum congressa defensio*.

L'interprétation résultant de l'article 106 fut admise par la jurisprudence, même dans

du 19 juillet 1564, qui admet la reconvention comme procédant *ex eodem fonte*; il est cité par Ferrière sur l'art. 106.

(1) V. la coutume de Toulouse rédigée en 1285, *rubricâ : De reconventionibus*.

les coutumes qui se bornaient à dire : Reconvention n'a point de lieu (1). Art.

Mais si l'on s'en rapporte à des autorités imposantes, on aurait dépassé bientôt, dans le ressort de la coutume de Paris, les limites fixées par l'art. 106. La jurisprudence s'était toujours montrée, dans ce ressort, plus favorable aux demandes reconventionnelles; elle avait pris, comme on l'a vu, l'initiative des innovations; et par cette pente naturelle vers les principes du droit romain, qui entraînait les tribunaux comme à leur insu, on généralisa dans la pratique le droit de reconvention, sans tenir compte des conditions auxquelles le principe avait été soumis par la coutume, tandis que dans quelques ressorts où les justices seigneuriales dominaient davantage, on subissait avec répugnance l'influence des idées nouvelles, malgré les restrictions qui en rendaient l'application plus rare.

Lecamus, lieutenant civil de la prévôté de Paris, en ses Observations sur l'article 106, atteste que cet article fut entièrement changé :

(1) V. notamment deux arrêts du parlement de Flandre du 2 mars 1782 et du 17 mars 1784, cités au Répertoire, v° reconvention, n° 1.

ART. « En toutes cours reconvention a lieu, et se peuvent former telles demandes incidentes que le défendeur voudra par ses défenses; » et il ajoute que l'usage a prévalu sur la coutume, et que l'on admet les reconventions en toutes sortes de causes (1).

Cette attestation n'est pas isolée : Auzanet (2), Duplessis (3), Ferrière (4), le procureur Denizart (5), déclarent que l'article 106 était *mal pratiqué* ès justices royales, et que, *soit qu'il y eût connexité ou non*, l'usage avait autorisé *toutes sortes de demandes incidentes*.

Mais cet usage était-il un retour complet vers les principes des canonistes, qui, suivant Coquille, « ont étendu la reconvention *etiam* aux causes *d'autre nature* et *d'autre qualité?* » Le contraire me paraît démontré; cette extension indéfinie était vue défavorablement par les ju-

(1) Les observations de Lecamus, sur l'art. 106, se trouvent dans la compilation des commentateurs de la coutume, par Ferrière.

(2) Sur l'art. 106 de la coutume de Paris.

(3) Tom. 1, pag. 600 *in fine*.

(4) Sur l'art. 106 de la coutume de Paris, n° 7.

(5) Collection de décisions nouvelles, v° reconvention, n° 5.

risconsultes eux-mêmes (1), et l'usage du Châtelet de Paris ne l'avait certainement pas admise. Lecamus fait observer « qu'il ne se fait point reconvention d'une matière réelle, comme d'une demande en servitude et de se départir d'un héritage. » Ferrière, expliquant mieux sa pensée, dit que, « bien que la connexité ne soit plus exigée, il est nécessaire cependant que la demande principale et la demande incidente tendent à quelque somme d'argent dont la compensation se peut faire; autrement il n'y aurait pas lieu à reconvention. » Denizart fait la même observation : « On n'admet pas la reconvention en choses absolument différentes; par exemple, elle n'a pas lieu quand l'un demande de l'argent, et que l'autre demande une servitude ou un héritage. » ART.

Ainsi la seule dérogation à la disposition de l'article 106 consistait à admettre la reconvention, *même quand elle ne dépendait pas de*

(1) « Les canonistes, *meilleurs praticiens que théologiens*, ont plus enseigné la pratique et manière de démener les procès, que les docteurs de droit civil. Aussi par leurs décisions *ils ont fort embrouillé la plaidoierie*; entre autres, ils ont étendu bien largement le droit des reconventions qui aucunement était introduit par le droit civil. » Coquille, question 307.

Art. *l'action;* mais on exigeait toujours (ce qui était indifférent d'après les principes purs des juridictions ecclésiastiques) *qu'elle fût une défense contre l'action premièrement intentée.* — Des deux conditions imposées par le texte de la coutume, une seule avait été supprimée par l'usage.

De sorte que, suivant l'usage du Châtelet de Paris, si le défendeur était assigné en payement d'une somme d'argent qu'il aurait due pour prêt (1), il pouvait user de la reconvention pour demander à son adversaire le prix de marchandises fournies ou d'ouvrages faits pour son compte, bien que la cause n'en fût ni reconnue ni liquide. Tandis que, d'après le texte rigoureux de la coutume, elle n'aurait pas été recevable, parce que la reconvention, bien qu'elle fût une défense indirecte contre l'action, n'avait cependant avec celle-ci aucune apparence de connexité.

Tel était le dernier état de la législation et

(1) Si au contraire le défendeur était assigné en restitution d'un dépôt, la reconvention ne serait pas recevable, parce qu'elle ne pourrait amener une compensation, et dès lors ne serait plus une défense contre l'action. (C. civ., art. 1293.)—V. Cujas, Observ. lib. 9, cap. 37.

ART.

de la jurisprudence parlementaire, au moment où les législateurs modernes allaient poser les bases d'un nouveau code judiciaire. L'ordonnance de 1667, en présence de ces tiraillements en sens contraire de la pratique des tribunaux, avait gardé sur la reconvention un silence complet, et l'on ne trouve dans nos lois intermédiaires d'autre texte relatif aux demandes incidentes, que l'article 7 du décret du 3 brumaire an III, reproduit dans l'art 464 du code.

On avait à choisir entre trois systèmes :

1° Le principe du droit canonique, qui admettait toutes demandes reconventionnelles, quelle que fût leur nature ou leur qualité ;

2° Le principe de l'article 106 de la coutume de Paris, suivi généralement en pays coutumier, et qui exigeait pour admettre la reconvention cette double condition : qu'elle fût connexe à l'action, et en même temps une défense contre elle ;

3° Enfin, l'usage du Châtelet de Paris et des pays de droit écrit, qui, suivant une ligne intermédiaire entre les deux principes extrêmes, ne tenait aucun compte de la connexité, pourvu que la reconvention tendît à repousser la demande principale.

ART. Il est difficile de déterminer d'une manière positive l'option à laquelle s'arrêtèrent les rédacteurs du code. Ils n'ont tracé aucune règle; ils ont même évité d'employer le terme de *reconvention*; et si l'on se borne à consulter le texte, on se prend à douter qu'ils aient voulu jeter les bases d'un système, au milieu de ces doctrines contraires.

Reportez-vous à l'article 54, vous y trouverez que, lors de la comparution en bureau de paix, le demandeur peut expliquer, même aug-
54. menter sa demande, et le défendeur former *celles qu'il jugera convenables*. Le défendeur, assigné plus tard devant le tribunal, aura-t-il le droit de formuler incidemment toutes ces demandes, de quelque nature qu'on les suppose, par cela seul qu'elles ont subi le contre-coup du préliminaire de conciliation tenté pour la demande principale? — Il faudra décider alors que si la demande reconventionnelle, étrangère à la demande primitive par son origine comme par ses conséquences, était dispensée du passage en conciliation, elle pourrait toujours se produire sous la forme incidente dans le cours de l'instance introductive. C'est la conséquence à laquelle semble arriver M. Merlin (1).

(1) Répertoire, v° reconvention, n° 4.

Lisez l'article 464; il porte qu'il ne sera Art.
formé *en cause d'appel* aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle *ne soit la* 464.
*défense à l'action principale.* — Cette condition ne serait donc pas exigée lorsqu'on plaide devant les juges du premier degré?

Ces inductions tirées des textes, expriment-elles réellement la pensée du législateur? Je ne le crois pas. Devant le juge de paix il s'agit uniquement de concilier les parties, et, les prétentions émises par le défendeur n'ayant pas d'autre objet que de règler, au moyen d'un arrangement, des intérêts opposés, peu importe quels éléments lui serviront de base. De la faculté accordée au défendeur de former en bureau de paix toutes les demandes qu'il jugera convenables, il ne faut donc pas tirer la conséquence qu'il puisse porter indistinctement des demandes reconventionnelles de toute nature devant le tribunal. Cela est tellement vrai, que si ces demandes étaient légalement formées comme demandes incidentes, elles seraient dispensées du préliminaire de conciliation, 48.
puisqu'elles ne seraient pas introductives d'instance.

L'argument tiré de l'article 464 présente

ART. plus de difficulté, et ne doit pas cependant arrêter davantage. Sans entrer dans des explications qui trouveront mieux leur place au titre de l'appel, je crois que la pensée du législateur n'est pas convenablement exprimée dans cette disposition. En parlant des demandes qui servent de défense contre l'action principale, il n'a eu en vue que les moyens nouveaux qui peuvent être proposés en appel, quoiqu'ils n'aient pas été soumis aux premiers juges. Le législateur a donc confondu, par l'expression, les *demandes* reconventionnelles et les *défenses*. La première partie de l'article 464 n'a trait qu'à celles-ci (1).

Rien dans la loi ne vient donc révéler une intention bien précise, et fixer les limites au delà desquelles la reconvention n'est plus permise. La discussion du projet ne dit rien, et

(1) Dans les anciens principes, la reconvention ne pouvait être formée pour la première fois en appel. V. notamment Voët sur le titre *de judiciis*, ff., n° 80. — C'est même une grave question que de savoir si la compensation proposée pour la première fois en appel peut avoir pour résultat non seulement de faire absoudre le défendeur originaire, mais d'obtenir une condamnation contre le demandeur; je l'examinerai au titre de l'appel.

l'exposé des motifs, s'expliquant sur les demandes incidentes sans distinguer entre le demandeur et le défendeur originaire, ne contient que des phrases vagues et sans portée, insuffisantes pour créer un système (1). Les rédacteurs du code étaient cependant en demeure de s'expliquer sur cette importante matière. Au moment où se discutait le code de procédure, la cour de cassation proposait une théorie destinée à être convertie en dispositions légales (2). C'était le résumé de principes alignés par articles, et qui, bien qu'ils n'aient pas reçu le baptême législatif, restent cependant comme expression d'une pensée doctrinale, libre en présence du silence des textes, de se réaliser par des arrêts. ART.

(1) « Les premiers incidents que le projet considère, sont ceux qui naissent des circonstances relatives à l'action principale, qui ont avec elle une connexité directe; qui souvent n'exigent qu'une même discussion, et qui, s'ils n'étaient unis et décidés avec elle, engendreraient autant de procédures particulières qu'ils offrent d'objets. » Rapport du tribun Perrin au corps législatif.

(2) Les observations de la cour de cassation sur le projet du code de procédure, se trouvent dans le Recueil de Sirey, tom. 9, p. 1, et dans le Journal des Avoués, tom. 19, p. 6.

ART. Des deux conditions exigées par l'article 106 de la coutume de Paris pour que la reconvention fût recevable, il en était une admise sans exception par toutes les juridictions séculières : c'était que la reconvention tendît à repousser la demande principale. Aussi le projet de la cour de cassation définit-il la reconvention une *contre-prétention* (1), c'est-à-dire une prétention destinée à neutraliser les effets d'une autre prétention. — Mais, fidèle à la jurisprudence qui s'était introduite dans la coutume, et qui régissait depuis longtemps les pays de droit écrit, la cour de cassation ne tenait aucun compte de cette autre condition, que la reconvention fût une dépendance de la demande. « Denizart nous apprend, disait-elle, que cet usage était mal observé, et comme les juridictions patrimoniales n'existent plus, l'on ne voit pas pourquoi on n'admettrait pas la reconvention en France comme elle l'est dans la Belgique, en Hollande, dans tout le nord et dans tout le midi de l'Europe (2). » Elle demandait en conséquence qu'il y eût lieu à la reconvention dans

(1) Art. 142 du projet de la cour de cassation.

(2) Art. 141, à la note. Cette note importante, qui appartient au projet, ne se trouve pas dans l'extrait que donnne le Journal des Avoués.

tous les cas où elle ne serait pas défendue par la loi (1), et parmi les exceptions à la règle ne figurait pas le cas où les deux demandes n'auraient pas été connexes (2). Art.

Ces dispositions sont restées un simple projet; mais le législateur ne les a pas répudiées, puisqu'il n'a pas comblé le vide qu'elles étaient destinées à remplir : nous les accepterons comme manifestant l'état de la doctrine et les instincts de la jurisprudence à l'époque où le code fut promulgué.

Tout récemment ces principes ont reçu une consécration nouvelle.

En discutant la loi du 11 avril 1838 sur la compétence des tribunaux de première instance, on fut d'accord pour reconnaître que le droit de former une demande reconventionnelle n'était subordonné à aucune condition de connexité entre celle-ci et la demande originaire. Mais on proposa cependant de distinguer sous un certain rapport le cas où la demande reconventionnelle aurait avec l'action une origine commune, de l'hypothèse dans laquelle leurs

(1) Art. 145.

(2) Art. 147.

Art. causes seraient complétement séparées. Cette distinction ne devait avoir d'importance que pour régler la compétence en premier ou en dernier ressort : — en cas de connexité, on aurait cumulé le montant des deux demandes, parce qu'alors, disait-on, il n'existe qu'un seul procès, agrandi et développé par l'effet de la demande reconventionnelle ; — dans l'autre hypothèse, on aurait considéré séparément le montant des demandes, parce que la diversité de leurs causes en faisait comme deux procès à part, *duplex negotium* (1).

Cette distinction ne fut pas accueillie : « Ce serait une source fréquente de contradictions, disait le garde des sceaux, que de subordonner la question du dernier ressort à l'examen du point de savoir si les deux demandes procèdent de la même cause ou de causes différentes. *On n'aurait pas manqué de disputer souvent pour soutenir que la connexité existe ou qu'elle n'existe pas* (2). » Déjà l'idée de rejeter toute distinction de cette nature avait été émise en 1835, lors de la présentation à la chambre

(1) Opinion de M. de Fougères, Moniteur du 24 février 1838, p. 398, col. 3.

(2) Moniteur du 8 mars, p. 509, col. 2.

des députés du projet primitif sur les justices de paix : « Nous n'avons pas exigé pour admettre la demande en reconvention, disait le rapporteur, qu'elle dérivât de la même cause que la demande principale; *toute demande* dont le but est d'anéantir l'action principale, n'importe l'origine, est admise sous la seule condition qu'elle sera dans les limites de la compétence (1). » Art.

Une intention si nettement exprimée devait apparaître sous l'enveloppe des textes. Elle se révèle dans l'art. 7 de la loi du 25 mai 1838 : on y voit que les juges de paix connaissent de toutes les demandes reconventionnelles qui, par LEUR NATURE *ou leur valeur,* sont dans la limite de leur compétence (2). La demande reconventionnelle ne devant pas nécessairement avoir une origine commune avec la demande princi-

(1) Rapport de M. Amilhau, Moniteur du 3 avril 1835, p. 717, col. 2.

(2) Les demandes reconventionnelles ne se cumulent jamais avec la demande principale, à la différence de ce qui a lieu pour les *demandes additionnelles.* Elles doivent donc être appréciées séparément soit pour déterminer la compétence, soit pour fixer le taux du premier ou du dernier ressort. L'art. 2 de la loi du 11 avril 1838 et l'art. 7 de la loi du 25 mai 1838 ont rejeté sur ce point les principes de la jurisprudence antérieure.

ART. pale, le législateur a dû prévoir qu'elle pourrait, *par sa nature*, échapper à la compétence du juge légalement saisi de la demande originaire. — Toutefois, comme on le verra bientôt, tel cas peut se présenter dans lequel un même contrat engendre des obligations de nature et de qualité diverses.

S'il est de l'essence de la reconvention d'être une défense contre l'action, la connexité de leurs causes ou leur communauté d'origine ne sont donc pas aujourd'hui des conditions nécessaires (1).

Ainsi le droit de former des demandes incidentes se développe avec bien plus de liberté entre les mains du défendeur, que lorsqu'il est exercé par l'autre partie.

La différence de position est facile à saisir : en attaquant, le demandeur use d'une faculté ; la défense obéit à une impérieuse nécessité, et cette position, qu'elle est forcée de subir, lui vaut des immunités qui n'appartiennent qu'à elle. Le demandeur, par son interpellation judiciaire, a évoqué en même temps toutes ces

(1) Ces conditions, bien qu'elles ne soient pas nécessaires, ne sont pas cependant indifférentes, car elles ont une certaine influence pour décider les questions qui s'élèvent sur la compétence, comme on le voit *infrà*, p. 87.

prétentions oubliées qui maintenant se dressent contre son droit. La loi les déclare recevables en considération de leur but, sans se préoccuper de leur point de départ. — Où serait la justice, si, par le seul motif que l'une des parties a pris les devants, l'autre était obligée d'acquitter ce qu'elle doit, sauf à réclamer plus tard le montant d'une dette déjà échue, et à faire condamner à son tour le demandeur d'autrefois devenu peut-être insolvable? *Interest nostrâ potiùs non solvere quàm repetere*, disait la loi romaine (1). Art.

Mais remarquez que le demandeur originaire devenu défendeur à l'incident ne pourra pas se prévaloir de cette position accidentelle pour répliquer par reconvention contre son adversaire : le rôle de demandeur pris au début de l'instance imprime une qualité indélébile qui permet seulement de former des demandes additionnelles dans les limites déjà fixées, ou d'opposer à la demande reconventionnelle des moyens puisés dans la cause même qui l'a produite : *ne alioquin in infinitum prope tentatis ac reciprocatis reconventionum vicibus lites immortales redderentur* (2). C'est ce que l'on expri-

(1) L. 2, ff. de compensat.

(2) Voët, sur le titre *de judiciis*, ff., n° 89. — V.

ART. mait autrefois par cette maxime : Reconvention sur reconvention ne vaut.

La doctrine à laquelle je me suis arrêté sur l'étendue de la reconvention soulève toutefois dans l'application des difficultés assez graves dont il importe de chercher la solution.

On répète encore aujourd'hui l'objection que faisait Coquille contre l'extension illimitée de la jurisprudence canonique en cette matière : « Cette permission, étant en usage, donnerait occasion de rendre tous procès sans fin, ou les mettrait en longueur ou en difficulté ; en tant que celui qui serait convenu en une action dont l'expédition de sa nature seroit aisée, pourroit mettre avant une action de grandes longueurs et difficultés, et seroit l'une empêchée et retardée (1). »

Je réponds que le code y a pourvu, en ne permettant pour les demandes incidentes que la
337. forme d'un simple acte. La demande reconventionnelle peut se présenter distincte de l'action principale ; mais, dirigée contre celle-ci, elle se développe avec la défense, et l'on comprend

aussi art. 150 du projet précité de la cour de cassation.

(1) Question 307.

que le défendeur qui a déjà signifié des moyens ne puisse, pour le besoin de la reconvention, affecter le luxe d'une seconde requête. Art.

L'expédition des affaires ne sera donc ni empêchée ni retardée. Cependant il peut arriver que la demande reconventionnelle exige une instruction particulière, telle qu'une enquête ou une vérification d'écritures, tandis que la demande principale est en état de recevoir jugement. Je reconnaîtrais alors aux juges, suivant les circonstances, la faculté de disjoindre les demandes et de statuer séparément sur chacune d'elles. C'était un principe admis sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, notamment en pays de droit écrit, que si la reconvention procédait *ex diverso contractu*, et que l'examen qu'elle comportait dût entraîner des retards ou exigeât une instruction plus compliquée, la disjonction pouvait en être ordonnée; c'est l'observation que faisait Voët : « *In quibus autem causis hic reconventionis effectus est, ut pari passu, unoque tempore et eâdem sententiâ, conventionis et reconventionis judicium finiatur, quandòque tamen ob quasdam circumstantias accidere potest ut judicis officio conventionis causa separetur à causâ reconventionis, et alterutra sola sine alterâ terminetur ; putà si ju-*

ART. *dici priùs evidenter liqueat de unâ causâ, cùm altera illiquida prorsùs esset, multisque ambagibus ac ambiguitatibus etiamnùm involuta* (1). »

Les tribunaux seraient libres encore aujourd'hui d'user de cette faculté suivant les circonstances; mais il ne faut pas supposer que cette concession implique une sorte de contradiction avec la règle que j'ai posée quant à la recevabilité des demandes reconventionnelles, et que la disjonction soit équivalente à un renvoi.

La reconvention a saisi le juge en prorogeant sa compétence *ratione personæ;* la disjonction ne fait pas évanouir ces effets légaux d'une demande légalement introduite. Le même tribunal devra donc statuer après la disjonction, quoique la demande, si elle eût été formée par voie principale, eût dû subir le préliminaire de la conciliation et les règles ordinaires de la compétence : ce principe trouverait au besoin une consécration légale dans la disposition de l'article 184. Née au milieu du débat pour repousser l'action, la reconvention perd sans doute

(1) Sur le titre *de judiciis* ff., n° 88. — V. aussi *Perezius in cod. de sentent. et interlocut.*, n° 23.

son principal avantage lorsque la demande originaire a été séparément jugée; sans doute le jugement pourra être mis à exécution sans attendre la décision réservée sur l'incident, mais l'exécution aura lieu aux risques et périls du demandeur principal, c'est-à-dire qu'il s'exposera à des dommages-intérêts dans le cas où les causes de la reconvention seraient plus tard reconnues légitimes; car, averti des prétentions de son adversaire, il devait en apprécier la portée, ou dans le doute s'abstenir et attendre le dénoûment de la dernière période de cette instance, dont les éléments ont pu être décomposés, mais restée toujours une dans son essence (1). Art.

Cependant on comprend que si la demande reconventionnelle avec ces circonstances de complication, était formée au moment suprême où l'action originaire est en état de recevoir sa solution, les juges pourraient y voir, au lieu

(1) L'ancienne coutume de Toulouse déjà citée voulait qu'en pareil cas le demandeur qui exécutait nonobstant la reconvention fût tenu de donner caution : *nonobstante reconventione ipsius rei propositâ vel proponendâ sine publicis instrumentis de re dubiâ et incertâ, præstitâ tamen ab actore coram consulibus fidejussoriâ cautione usque ad quantitatem quam petit.*

ART. d'une défense dirigée contre l'action, un moyen d'éluder les règles ordinaires de la compétence ou le préliminaire de conciliation, et renvoyer alors le défendeur à se pourvoir par la voie principale. Les cas de fraude sont toujours exceptés dans l'application de la règle.

Jusqu'ici en parlant des effets de la reconvention quant à la prorogation de compétence, j'ai supposé le juge compétent d'ailleurs, à raison de la matière qui fait l'objet de la reconvention.

Mais de ce principe que la demande reconventionnelle peut avoir une *cause* distincte de celle qui a engendré l'action principale, il résulte qu'elle pourrait se trouver, à raison de sa *nature*, en dehors des attributions normales du tribunal saisi de la demande primitive. La faveur attachée à la reconvention aura-t-elle pour effet non-seulement d'écarter l'application de l'art. 59, mais d'effacer même l'incompétence à raison de la matière?

La question ne présente guère de difficulté lorsque la demande reconventionnelle est formée devant un tribunal d'exception (1), in-

(1) Sur la différence qui sépare les tribunaux d'exception des tribunaux ordinaires, v. t. 1, p. 97.

compétent *ratione materiæ* pour en connaître. Les attributions du juge, déterminées d'après la capacité spéciale que la loi présume en lui, ne peuvent recevoir un développement fortuit, sans autre base que la nature incidente de la demande. Le principe d'ordre public l'emporte sur la faveur introduite dans un intérêt privé, et la demande reconventionnelle échappe dans ce cas à la puissance attractive de la compétence sur le fond. Le tribunal devrait donc se déclarer d'office incompétent. L'art. 7 de la loi du 25 mai 1838 ne laisse aucun doute à cet égard, et sa disposition, que j'ai déjà citée, doit s'étendre aux autres juridictions exceptionnelles (1). A l'époque où les tribunaux ecclésiastiques faisaient à la reconvention un si facile accueil, ils s'efforçaient bien de retenir la connaissance des demandes reconventionnelles qui, à raison de la matière ou de la qualité des parties, dépassaient leurs attributions; malheureusement les cours ecclésiastiques n'étaient pas juges de leur propre compétence, et les justices séculières, appelées ART.

(1) Arrêts de Bruxelles, 21 avril 1818; Dalloz, Jurisp. générale, t. 5, p. 365; et Bourges, 23 décembre 1831; Dalloz, 32, 2, 180. — V. aussi art. 148-1° du projet de la cour de cassation.

ART. à en décider, ne manquaient pas de réprimer cette usurpation de pouvoirs (1).

Si maintenant on suppose un tribunal ordinaire saisi par reconvention d'une demande qui, par sa nature, rentrerait dans la compétence d'un tribunal d'un autre ordre, tel qu'un tribunal de commerce, la difficulté devient plus sérieuse.

La solution serait avant tout subordonnée au parti que l'on prendrait sur cette autre question, qui consiste à savoir si, devant les tribunaux ordinaires, cette sorte d'incompétence est d'ordre public, ou si elle peut au contraire être couverte par le silence des parties. C'est dans ce dernier sens que s'est presque unanimement prononcée la jurisprudence (2). On concevrait dans ce système que l'intérêt purement relatif, sur lequel reposerait le moyen d'incompétence, dût céder devant cet intérêt plus élevé, de comprendre dans une instance unique

(1) V. arrêt du parlement de Paris du 6 fév. 1562, cité par Charondas sur l'art. 106 de la coutume, p. 183.

(2) V. les arrêts rapportés au Dictionnaire général d'A. Dalloz, v° compétence civile, n^os^ 54 et suiv.; et notamment deux arrêts de la cour de cassation du 9 janvier 1838, Dalloz 38, 1, 156; et du 18 mars 1839, Dalloz, 39, 1, 152.

et l'action principale et la demande qui tend à la neutraliser. Le tribunal pourrait donc être considéré comme légalement saisi, et le renvoi ne devrait pas être prononcé, même sur la demande de la partie intéressée (1). ART.

Cette opinion ne doit pas être suivie; je ne renouvellerai pas ici une controverse dès longtemps épuisée. La question relative aux effets d'une incompétence de ce genre, lorsqu'elle se présente devant les tribunaux ordinaires, a été traitée par M. Boncenne (2); il suffit de rappeler sa conclusion : « L'incompétence est absolue; elle peut être proposée en tout état de cause; elle doit même être prononcée d'office. » La presque unanimité des auteurs (3) soutient

(1) La cour de cassation ayant fait prévaloir la jurisprudence indiquée dans la note qui précède, il n'est pas étonnant qu'elle soit arrivée à cette conséquence. Aussi, dans ses Observations préliminaires sur le code de procédure, elle disait, art. 148 : « 1° Si la reconvention est formée devant un tribunal de commerce, et que son objet ne soit pas du ressort de ce tribunal, il sera obligé même d'office de se déclarer incompétent, quant à la demande reconventionnelle.—2° *Si la reconvention, ayant pour objet une affaire de commerce, est formée devant un tribunal de première instance, ce tribunal la jugera.* »

(2) V. Introduction, p. 328 et suiv.

(3) Pothier, Proc. civ., part. 1, ch. 2, § 2; Henrion

Art. cette doctrine, et s'élève contre la jurisprudence presque unanime des cours. J'ajouterai cette seule observation : le code a posé deux fois le principe que l'incompétence à raison de la
170. matière doit être prononcée d'office,—d'abord pour les tribunaux civils de première instance,
424. —et une seconde fois pour les tribunaux de commerce. Quand appliquera-t-on la disposition de l'art. 170, si les tribunaux civils ne sont pas obligés de se dessaisir d'office des causes qui rentreraient dans la compétence des tribunaux de commerce et des justices de paix?—A moins qu'on ne l'applique exclusivement aux matières administratives; mais alors ce texte serait complétement inutile, car le principe était écrit déjà dans l'art. 13, tit. 2 de la loi du 24 août 1790, et surtout dans le décret du 16 fructidor an III (1). Quant aux matières criminelles, il ne pouvait en être question, puisque

de Pansey, Compétence des juges de paix, p. 39; Thomine-Desmazures, t. 1, p. 21; Boitard, Leçon 27; Foucher, Revue de législation, t. 2, p. 401; Laferrière, Histoire du droit français, t. 2, p. 68; Benech, des Tribunaux de première instance, p. 23. La dissertation de M. Benech est le dernier mot de la doctrine sur cette question controversée.

(1) « Défenses itératives sont faites *aux tribunaux* de

l'action civile est la seule qui puisse être intentée par les particuliers, et qu'elle se trouve soumise aux principes ordinaires de la compétence, lorsqu'elle est portée devant les tribunaux civils. Art.

La règle à observer sera donc toujours la même, qu'il s'agisse des matières distraites de la juridiction civile, ou de celles qui n'ont pas été expressément attribuées aux tribunaux d'exception. En prenant ce point de départ, et bien qu'on ne rencontre pas dans la loi du 11 avril 1838 la précision indiquée par l'article 7 de la loi sur les justices de paix, on résoudra de la même manière, dans les deux cas, la question de compétence que peuvent soulever les demandes reconventionnelles, c'est-à-dire que le tribunal ordinaire doit d'office en prononcer le renvoi, lorsqu'elles rentrent, par leur nature ou leur modicité, dans la compétence d'un tribunal d'exception.

J'irais plus loin encore, et, dans un cas où il ne s'agit pourtant que d'une incompétence purement relative, je refuserais à la demande

connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit. »

Art. reconventionnelle cette faveur particulière qui lui permet de se produire devant le tribunal saisi de l'action principale : c'est le cas où l'objet de la reconvention rentrerait dans l'une de ces matières pour lesquelles la loi a créé une attribution spéciale de juridiction. On peut citer pour exemple les dispositions des articles 59 5°, 6° et 7°, 60, 527, 553, 793, 794, etc., du code de procédure. La loi admet une exception aux règles de la compétence, déterminée dans les cas ordinaires par le domicile du défendeur ou la situation de l'objet litigieux. Cette dérogation est fondée sur l'intérêt supérieur d'une meilleure administration de la justice.

La compétence du tribunal s'attache alors si étroitement à l'objet de la demande, que la règle qui défend de renvoyer au tribunal, dont
472. le jugement a été déféré à la cour royale, l'exécution de l'arrêt infirmatif, cède aux exigences de cette juridiction spéciale. C'est là même puissance qui neutralise le privilége de la reconvention; et si le demandeur primitif ne peut, dans les cas ordinaires, repousser la demande reconventionnelle par l'application du principe général : *Actor sequitur forum rei*, il opposera du moins avec succès l'attribution

spéciale de juridiction dont la loi aurait investi un autre tribunal. Mais il faut prendre garde qu'il ne s'agit pas ici d'une incompétence *ratione materiæ*, et que dès lors elle n'est pas de celles qui doivent être prononcées d'office. ART.

Pour appliquer aux demandes reconventionnelles ces rigoureuses solutions, je les ai supposées complétement séparées de la demande originaire, et ne s'y rattachant que pour la combattre. Cette observation conduit à une distinction importante.

Lorsqu'on plaide sur l'exécution d'un contrat synallagmatique, il peut arriver que le caractère des obligations qu'il renferme se présente sous un double aspect : le contrat, purement civil pour l'une des parties, sera commercial pour l'autre. Le propriétaire qui vend ses récoltes contracte une obligation civile; le marchand qui les achète pour les revendre fait un acte de commerce. Que l'acheteur poursuive l'exécution du contrat, il devra se pourvoir devant les tribunaux ordinaires, seuls juges de l'obligation civile que le vendeur a contractée; celui-ci devrait, au contraire, assigner le marchand devant le tribunal de com-

Art. merce, pour le faire condamner à exécuter ses engagements. C'est l'application du principe général qui impose au demandeur l'obligation de porter son action devant les juges du défendeur (1). Mais s'ensuit-il que l'un ou l'autre tribunal, étant compétemment saisi par la voie principale, ne puisse connaître de la demande reconventionnelle, qui elle-même a pour objet l'exécution du contrat ?

Ainsi le marchand assigne son vendeur devant le tribunal civil pour le faire condamner à livrer; celui-ci prétend qu'il a rempli son obligation, et demande par reconvention le payement du prix. Le tribunal devra-t-il se déclarer incompétent sur l'incident, par le motif que si la demande eût été formée par

(1) V. Locré, Esprit du Code de commerce, tome 8, p. 200; Favard de Langlade, v° Tribunal de commerce; Dalloz, v° Compétence, t. 3, p. 322.—Cependant deux arrêts, l'un de la cour de cassation du 12 décembre 1836, Dalloz 37, 1, 194; l'autre de Bourges du 17 juillet 1837, Dalloz 38, 2, 81, semblent n'admettre la compétence du tribunal de commerce qu'autant que l'acte est commercial des deux côtés. — Par un arrêt du 6 novembre 1843 (Dalloz, 43, 1, 476), la cour de cassation a maintenu cette jurisprudence, qui n'est que la conséquence du faux principe de *la plénitude de juridiction* des tribunaux ordinaires.

voie principale, elle eût dû être portée devant Art.
le tribunal de commerce ? Je ne le pense pas.
— Renversez les termes de la question : supposez que le propriétaire assigne le marchand devant le tribunal de commerce en payement du prix, et que celui-ci soutienne que les choses vendues ne lui ont pas été livrées, et en demande la livraison; ma solution serait encore la même (1).

Voici comment je la justifie :

La reconvention se présente dans ce cas avec un caractère tout particulier : ce n'est plus alors une demande qui vient, par une sorte de jonction légale, s'incorporer au procès originaire; il n'y a plus, comme précédemment, deux demandes distinctes, et suivant dans le cours de l'instance une marche séparée jusqu'à ce qu'elles viennent se heurter à la limite extrême du procès, et s'absorber mutuellement dans la compensation opérée par le juge. Lorsque la reconvention procède du même contrat que l'action, et sert en même temps de défense contre elle, ce n'est qu'une conséquence lo-

(1) Mais le tribunal de commerce ne pourrait prononcer la contrainte par corps contre le propriétaire défendeur à la reconvention. (Arg. des art. 636 et 637 du code de commerce.)

ART. gique tirée de la non-existence du droit prétendu par l'autre partie; — si ce droit était constant, la reconvention s'évanouirait; — si la reconvention était justifiée, la demande originaire aurait manqué de base dès le principe. Ce n'est pas ici une faveur de la loi qui permet d'unir les deux demandes : filles du même contrat, elles sont sœurs; ce n'est pas seulement l'instance qui est *une*, mais la contestation elle-même; et j'appliquerais à ce cas ces paroles de Dumoulin, à propos d'une question analogue : *Non est (propriè) reconventio; sed petitio ex naturâ actionis et instantiæ et ab eâdem instantiâ oritur*, NEC DEBET EJUS CONTINENTIA DIVIDI (1).

Si le tribunal de commerce ou le tribunal civil devaient renvoyer la demande reconventionnelle devant les juges compétents pour en connaître, ils devraient alors, en statuant sur le fond, s'abstenir de la juger, et laisser les choses entières. — Mais le tribunal de commerce a donné gain de cause au propriétaire réclamant le prix des denrées qu'il prétend avoir livrées; la demande reconventionnelle n'est-elle pas dès lors jugée? — Supposez de même

(1) Commentaire posthume sur l'ancienne Coutume de Paris, art. 75.

le tribunal civil saisi de la demande du marchand ayant pour objet la livraison des choses vendues; si cette demande est accueillie, la demande reconventionnelle du propriétaire n'est-elle pas encore repoussée par cela même? Que deviendrait, dans ces deux cas, le renvoi prononcé? Art.

Admettez maintenant que l'un ou l'autre tribunal ait rejeté la demande principale, n'a-t-il pas en même temps préjugé que la demande reconventionnelle était fondée? Que resterait-il à faire au tribunal saisi par suite du renvoi? Uniquement à sanctionner par une condamnation la déclaration du fait et du droit proclamés déjà, entre les mêmes parties et dans le cercle de ses attributions, par le tribunal saisi de la première demande. — Le respect pour les principes de la compétence des tribunaux ne doit pas aller jusqu'à créer des distinctions qui ne répondent à aucune nécessité d'ordre public ou d'intérêt privé, et ma raison ne peut concevoir que le tribunal compétent pour *apprécier* n'ait pas une compétence corrélative pour *prononcer* (1).

La même difficulté se présente lorsqu'une

(1) V. *infrà*, p. 95, à la note.

Art. demande de la nature de celles qui rentreraient dans la compétence du juge de paix si elles étaient formées par voie principale, est portée par reconvention devant le tribunal de première instance saisi de la demande originaire résultant d'un même contrat. — Par exemple, un locataire est assigné devant le tribunal civil, en payement de ses loyers; il se défend, en demandant que le bailleur soit condamné à lui payer, pour défaut de jouissance, une indemnité dont le chiffre seulement est contesté. Malgré la disposition de l'article 4, n° 1, de la loi du 25 mai 1838, le tribunal civil devra statuer sur le tout.

Mais, en ce qui concerne le juge de paix, la réciproque ne serait pas vraie. C'est qu'en effet sa compétence se trouve limitée *ad certam summam*; et par cela seul que la reconvention soulève un intérêt qui dépasse sa compétence ordinaire, il ne peut en connaître, quand bien même la demande incidente ressortirait du même contrat que la demande originaire. — Trois hypothèses différentes peuvent se présenter dans lesquelles le juge de paix doit s'abstenir de statuer sur la demande reconventionnelle :

1° Si la reconvention, alors même qu'elle

ne dépasserait pas le taux de la compétence ordinaire (200 francs), rentre par sa *nature* dans la compétence d'un tribunal de commerce ou d'un tribunal de première instance (1), et procède en même temps *ex dispari causâ ;* Art.

2° Si la reconvention dépasse quant à sa *valeur* le taux de la compétence, et procède *ex dispari causâ ;*

3° Si la reconvention procède *ex eodem fonte,* mais qu'elle dépasse le chiffre de la compétence : dans ce dernier cas, je croirais que le juge de paix, usant de la faculté que lui accorde l'article 8, § 3, de la loi du 25 mai 1838, *devrait* renvoyer les parties à se pourvoir *sur le tout* devant le tribunal de première instance.

Je reviendrai sur ces différents points dans mes explications sur la justice de paix.

Telles sont les règles de compétence auxquelles doivent être soumises les demandes reconventionnelles; mais, pour les appliquer, il faut discerner avec soin ces sortes de demandes, des défenses proprement dites, et notamment de la compensation, que l'on confond souvent avec la reconvention. Cette dis-

(1) Par exemple, dans le cas de l'art. 60 du cod. de pr.

Art. tinction deviendra sensible par quelques hypothèses.

Dans une espèce précédemment posée, le vendeur, assigné devant le tribunal pour la livraison de la chose vendue, soutient avoir livré, et demande le payement du prix : il y a reconvention ; — s'il se fût borné à prétendre qu'il avait déjà livré, il n'y eût eu de sa part qu'une défense.

J'ai posé déjà comme exemple le cas où le défendeur, assigné en remboursement d'une somme prêtée, soutient qu'il lui est dû une somme égale pour marchandises précédemment vendues : il y a reconvention si l'on admet que la cause de la demande incidente n'est ni reconnue ni liquide ; — s'il en était autrement, le défendeur opposerait simplement une compensation, c'est-à-dire rien autre chose qu'une défense (1).

Enfin supposez que le défendeur, assigné en payement d'une dette, demande incidemment le payement d'une créance liquide et reconnue par son adversaire, mais *supérieure* au montant de la demande originaire : il y a reconvention (2); — si la somme réclamée par le

(1) Cod. civ., art. 1291.

(2) On pourrait croire que c'est à cette hypothèse que

défendeur était égale ou inférieure, il n'opposerait encore qu'une simple compensation. Art.

Il est inutile de s'arrêter à faire observer que le juge saisi légalement de la demande est toujours compétent pour apprécier les défenses (1). — Tout procès, en effet, suppose

s'applique spécialement cette expression : *demande en compensation*, qu'on trouve dans l'article 464 du code et dans les articles 2 de la loi du 11 avril, et 7 de la loi du 25 mai 1838 ; mais rien dans la discussion de ces lois ne révèle cette intention. « On a discuté beaucoup, disait M. Parant, sur la nature des demandes incidentes, reconventionnelles et en compensation. Je crois que tout cela pourrait faire quelque confusion dans la loi même, si l'on consultait la discussion de la chambre. Il faut qu'il soit bien entendu que par ces expressions de la loi, *demandes reconventionnelles* et *en compensation*, nous avons voulu parler de toutes les demandes formées incidemment par le défendeur contre le demandeur principal. » — Moniteur du 24 février 1838, p. 399, col. 2.

(1) Cependant les articles 14, 426, 427 et 1015 du code de procédure ne permettent pas aux juges de paix, aux tribunaux de commerce et aux arbitres, de vérifier certaines questions accessoires que peuvent soulever *la demande* ou *la défense;* mais ils ne restent pas moins saisis du fond et chargés d'*apprécier* l'influence que peut avoir sur le procès la solution de la question accessoire instruite et jugée devant le tribunal civil ou criminel.— Le même cas se présente pour les matières civiles ordi-

ART. *l'affirmation* d'un droit de la part du demandeur, et la *négation* de ce droit par le défendeur. Ces éléments ne sauraient être divisés; il faut à tout jugement deux termes de comparaison.

Relativement à la compensation, il peut cependant s'élever quelques difficultés. — On a vu qu'à Rome, sous l'empire de la procédure formulaire, elle était considérée comme une *exception*, et que ce caractère survécut à l'abolition des formules. En l'appréciant au point de vue des principes qui nous régissent, je n'ai pas hésité à lui donner la qualification de *défense*. La compensation ne peut être l'objet d'une demande, car elle ne crée pas de droits: elle est au contraire une défense, parce qu'elle constitue, comme le payement, un mode

naires, avec une application bien plus étendue. Voyez article 3 du code d'instruction criminelle, et 327 du code civil. — Le juge de paix, dans certains cas, est obligé de se dessaisir, à raison de la nature particulière des moyens de défense. (Art. 4-1°, 5-1°, et 6-2° et 3° de la loi du 25 mai 1838.) C'est qu'alors la direction donnée à la défense démontre que la demande a été incompétemment portée devant lui. Aussi doit-il, non pas surseoir, mais renvoyer le tout devant le tribunal civil.

d'extinction des obligations (1). On ne demande pas la compensation, on l'oppose. La reconvention a bien aussi pour résultat d'anéantir l'obligation en réagissant contre elle; mais ce résultat n'a lieu que par le ministère du juge, qui, en liquidant les deux créances simultanément existantes, les compense l'une par l'autre : la compensation, au contraire, qui suppose la liquidité préexistante des deux créances, opère par la seule force de la loi (2); le juge la déclare, mais elle n'est pas son œuvre. Par la reconvention, le défendeur, à côté de l'affirmation du demandeur originaire, établit une autre affirmation; il y a donc deux demandeurs : en opposant la compensation, le plaideur nie seulement le droit affirmé par son adversaire; il y a un demandeur et un défendeur. Art.

Il faut par conséquent appliquer à la compensation ce principe général, que le juge compétent pour connaître de la demande l'est également pour apprécier les défenses. Il est vrai que les défenses sont ordinairement puisées à la même source que la demande,

(1) Cod. civ., art. 1234.
(2) Cod. civ., art. 1290.

ART. tandis que, la compensation ayant lieu *ex dispari causâ*, il peut arriver que l'une des créances soit commerciale, l'autre purement civile. Est-ce une raison pour que le juge refuse d'examiner la question de compensation? Les deux créances sont liquides, également exigibles, ayant l'une et l'autre pour objet une somme d'argent; elles résultent d'écrits qui ne sont ni méconnus ni déniés : comment le juge pourrait-il, en prononçant une condamnation, faire revivre une obligation que la loi déclare éteinte ?

De sorte qu'en supposant la créance qui fait l'objet de la demande, placée seule, par sa nature, dans les attributions du juge, et l'autre procédant *ex diverso contractu*, il n'en sera pas moins compétent pour déclarer le fait légal de la compensation, et pour absoudre le défendeur (1).

Mais, en supposant toujours la réunion de ces circonstances, quel parti devra prendre le juge, si la créance opposée en compensation

(1) Un arrêt du conseil d'Etat du 3 décembre 1817 paraît admettre un principe contraire, et méconnaître par là le véritable caractère de la compensation. Voyez Journal du palais, Jurisp. adm., t. 2, p. 452.

est supérieure au montant de la demande, et que le défendeur réclame l'excédant par voie de reconvention ? — Alors, les conclusions du défendeur présentent un double caractère : ce n'est plus seulement un moyen de défense, un bouclier contre les témérités d'une attaque irréfléchie ; c'est en même temps une arme offensive, et dans la lutte judiciaire les rôles sont intervertis. **Art.**

Le juge devrait alors, pour rester dans la limite de ses attributions, séparer, dans les conclusions incidentes, les moyens de défense et les chefs de demande, c'est-à-dire que le juge compétent pour connaître de la demande primitive pourra bien la déclarer éteinte au moyen de la compensation résultant d'une autre créance née *ex diverso contractu*, et qui, par sa nature, échappe à sa compétence; mais il devra, dans ce cas, s'abstenir de condamner le demandeur originaire à payer l'excédant, sauf à réserver aux parties leurs droits respectifs à cet égard.

Ces solutions ne sont que la conséquence de principes déjà posés, et qui se résument ainsi dans leur application à la juridiction des tribunaux de première instance, dont je m'occupe ici spécialement :

Art. La demande reconventionnelle ne peut être portée devant le juge incompétent à raison de la matière qui en fait l'objet, ou à raison de la juridiction spéciale attribuée à un autre tribunal.

Si la reconvention dérive *ex eodem fonte*, ou *ex eodem contractu*, cette incompétence s'efface.

Le juge est toujours compétent pour appliquer les règles de la compensation, lorsqu'elle a pour résultat unique de faire déclarer la demande primitive éteinte, quand bien même la créance opposée en compensation serait en dehors de sa compétence, et procéderait *ex dispari causâ*.

J'arrive aux formalités qui régissent la reconvention. C'est toujours, comme pour les demandes additionnelles, la forme d'un simple acte signifié à l'avoué du défendeur à l'incident. Mais l'obligation imposée au demandeur
337. originaire de constituer avoué dans son exploit d'ajournement fait disparaître, pour les demandes en reconvention, les difficultés de forme que peut soulever la non-comparution du défendeur, lorsqu'il s'agit des demandes additionnelles. Le demandeur en reconvention

trouvera toujours un contradicteur légalement Art.
représenté. La signification du simple acte indiqué par la loi pourrait être faite même à l'avoué révoqué, qui conserve une sorte de mandat passif, tant qu'il n'a pas été remplacé (1). 75.

Le demandeur originaire ne peut être défaillant que faute de conclure devant le tribunal; mais l'avoué, même en refusant de conclure, est encore le représentant de la partie, et la demande reconventionnelle qu'on lui notifie sera toujours censée connue du demandeur originaire. Cependant, s'il est vrai que les conclusions tendant à la reconvention se trouvent entre les mains d'un mandataire légal, est-il bien certain que le tribunal puisse en adjuger le profit, lorsque le demandeur principal a refusé de conclure?

Pour bien saisir le point de la difficulté, il faut se rappeler le caractère particulier que présente le défaut obtenu contre le deman-

(1) Le demandeur cesserait d'être représenté en cas de décès, démission, interdiction ou destitution de l'avoué qu'il avait constitué; on verra dans le chapitre qui suit, quelle marche devrait être prise dans ce cas.

ART. deur (1) ; c'est un simple congé prononcé sans examen, une sorte de désistement tacite né de cette présomption, que le demandeur, ne se présentant pas au jour des plaidoiries, déserte l'instance par lui-même engagée. En considérant sous ce point de vue le refus de conclure de la part du demandeur, on pourrait arriver à cette conséquence, que, l'instance principale étant abandonnée, la reconvention disparaît avec elle, et ne peut recevoir de décision, puisque cet isolement, tout à coup survenu, lui enlèverait évidemment son caractère primitif de demande *incidente*, et que la prorogation de compétence ou la dispense du passage en bureau de paix ne se trouveraient plus motivées par la nécessité de repousser une demande dont la menace n'est plus à redouter.

Il faut décider cependant que le juge, dessaisi de la demande principale par la subite retraite de l'agresseur, devra statuer par défaut sur la demande reconventionnelle, et en adjuger les
149. conclusions *si elles se trouvent justes et bien vérifiées*. Cette demande a été valablement formée : la présomption de désistement n'existe en effet et ne se réalise qu'au moment où le

(1) V. tome 3, p. 14.

juge déclare le défaut; jusque-là le demandeur était encore libre de conclure. La reconvention, quant à sa validité, ne peut être soumise à un fait ultérieur dépendant uniquement de la volonté de l'autre partie : *Neque enim actori liberum est, liti à se inchoatæ renuntiare, ut reconventionis judicium declinet* (1). Et si l'on arrive à cette décision, en considérant le défaut du demandeur comme un désistement présumé, elle devra aussi être admise même dans l'hypothèse d'un désistement exprès survenu depuis la notification de la demande reconventionnelle : *Et, si maximè à suâ petitione in universum desistat, mutuæ tamen petitionis intuitu, apud eumdem judicem teneretur litigare*, QUASI PRÆVENTUS (2). Art.

Mais, si l'instance était affectée d'un vice originel qui l'attaquât dans son essence, alors, soit que le juge le déclare d'office, comme dans le cas d'une incompétence *ratione materiæ*, soit qu'il ne statue que sur les exceptions proposées par le défendeur, comme lorsqu'il s'agit d'une incompétence relative ou d'un moyen de nullité (3), on conçoit que la reconvention ne

(1) Voet sur le titre *de judiciis*, ff. n. 78.

(2) Voet, *ibid.*

(3) Il faut supposer dans ce cas, pour que la difficulté

ART. peut survivre à l'anéantissement de l'instance. C'est qu'alors ce vice de l'instance originaire rétroagit, quant à ses effets, jusqu'au jour où elle a été introduite. Nulle *ex causâ antiquâ*, elle n'a pu communiquer les conditions de validité qui lui manquent aux demandes reconventionnelles, qui n'ont jamais, si on les considère isolément, une validité qui leur soit propre : c'est une racine desséchée qui ne produit pas de rejets. — Toute demande incidente suppose donc nécessairement la légalité extrinsèque de l'instance dont elle n'est qu'un développement.

La cour royale de Poitiers perdait de vue ce caractère particulier des demandes reconventionnelles, lorsque, le 13 février 1827, elle disait dans les motifs d'un arrêt, qu'une demande de cette nature pouvait être formée par exploit à domicile : « Attendu, que l'art. 337 du code de procédure n'est qu'indicatif de la forme à suivre pour les demandes incidentes; qu'il ne la prescrit pas à peine de nullité, et qu'il n'interdit pas la forme indiquée pour les

s'élève, que l'incompétence relative ou la nullité n'ont pas été couvertes.

demandes principales et introductives d'instance (1). » Art.

Non sans doute, la loi n'interdit pas la forme de l'ajournement, car c'est une faculté qu'elle accorde, et non pas une obligation qu'elle impose, de former des demandes incidentes; mais alors il y aura deux instances distinctes et indépendantes l'une de l'autre, quant à leurs conditions de validité. La loi indique aussi comme forme de l'opposition à un jugement par défaut la signification d'une requête, et il a été jugé qu'un ajournement remplissait suffisamment le vœu de la loi; mais « on n'a donc pas vu, dit M. Boncenne, que cette manière d'interpréter la loi faisait deux procès pour un ? que l'opposition ainsi formulée va obliger la partie à constituer de nouveau son avoué sur l'ajournement que contient cette signification; que c'est une instance particulière qui s'introduit, et que, l'opposition faisant revivre en même temps l'instance primitive, il y aura deux instances dont il faudra provoquer la jonction ? On ne doit jamais se croire mieux avisé que la loi (2). »

(1) Cet arrêt est rapporté par Dalloz, 1830, 2, 49.
(2) Tom. 3, pag. 124.

ART. Dans l'espèce du procès, a dit la cour de Poitiers, l'article 337 était inexécutable, « parce que, la dame Laurence étant seulement représentée dans la cause comme commune par son mari, chef de la communauté, en intérêts dans cette qualité, et non en personne, et n'ayant point d'avoué constitué pour elle, la demande *incidente* ne pouvait être formée par un simple acte. »

Ce raisonnement ne me paraît pas exact : — ou la dame Laurence était demanderesse avec son mari, et elle était par conséquent nécessairement représentée dans l'instance ; — ou bien elle n'y figurait pas, et alors comment concevoir une demande en *reconvention* dirigée contre une personne qui n'a pas formé d'*action ?*

Il y a là une véritable confusion de mots : dans l'espèce, la procédure était régulière, et pour la valider la cour n'avait pas besoin de poser le principe que le défendeur peut former une demande incidente par ajournement (1). La de-

(1) En matière de saisie immobilière, les demandes incidentes peuvent être formées par ajournement contre les parties *qui n'ont pas d'avoué en cause* (art. 718 du cod. de procéd., loi du 2 juin 1841). Je m'expliquerai plus tard sur la nature particulière de ces sortes d'incidents.

mande dirigée contre la femme n'était ni reconventionnelle ni incidente; c'était ce que l'on appelle en procédure une *intervention passive* ou *forcée* ou *une mise en cause*, c'est-à-dire une action *principale* qui ne pouvait être formée que par assignation devant le tribunal déjà saisi de la demande originaire, et qui, aux termes de l'article 49, § 3, était dispensée du préliminaire de conciliation. L'arrêt était donc bien rendu au fond; les motifs seuls donneraient prise à la critique, de la part de ceux qui professent le respect pour la forme, et qui demandent à la jurisprudence le sens pratique de la loi. Art.

Le code n'a fixé aucun délai à l'expiration duquel la demande reconventionnelle ne soit plus recevable; on ne doit pas suivre sur ce point la règle posée dans la novelle 96, ch. 2, admise plus tard par le droit canonique : *Fieri debet reconventio generaliter ante litem contestatam, posteà verò numquam, nisi libellus reconventionis anteà sit porrectus, vel protestatus fuerit reus de reconventione faciendâ* (1). Aujourd'hui le défendeur, même après avoir pro-

(1) *Tancredus, de judiciorum ordine*, p. 188. — *X. De mutuis petit.*, *cap.* 1, 2 *et* 3.

Art. duit ses moyens contre la demande originaire, peut encore signifier des conclusions reconventionnelles. Les principes précédemment établis à cet égard pour les demandes additionnelles reçoivent donc ici leur application (1).

En essayant de résoudre les difficultés relatives aux *demandes incidentes*, j'ai montré comment la loi avait réglé pour les parties la faculté réciproque d'agrandir et d'étendre la matière même du procès; il me reste maintenant à expliquer comment, sans que l'objet de la demande subisse de modifications, la sphère du procès peut encore s'élargir par *l'intervention* d'un nouvel intéressé.

III. *De l'intervention.* — De même que l'on ne peut s'engager et stipuler en son propre nom que pour soi-même, nul ne peut plaider en son nom que pour faire respecter les droits qui lui sont propres. Mais il est bien rare que ces intérêts et ces droits, livrés à l'omnipotence de celui qui les dirige, n'aillent pas effleurer,

(1) Le défendeur pourrait aussi, comme le demandeur, se prévaloir de la disposition de l'art. 23 de la loi du 17 mai 1819. V. *suprà*, p. 22.

par mille points de contact, d'autres intérêts placés en des mains étrangères. Art.

Les relations sociales créent entre des intérêts divers d'innombrables affinités. La ruine d'un citoyen est rarement un fait isolé, un drame intérieur, n'ayant d'autre théâtre que le huis clos du foyer domestique, et pour dénoûment que la chute ignorée et sans retentissement d'une fortune qui croule : *Finge pauperem qui laribus, sepulchris avitis carendum habeat* (1). — La commotion de la ruine d'un seul atteint le plus souvent tous ceux qu'unissent à lui les liens formés par des rapports juridiques. Mais, à raison de cet intérêt plus ou moins immédiat qu'ont ses créanciers à la conservation de sa fortune, un débiteur ne pourrait-il plaider ou contracter que sous leur bon plaisir? Non sans doute; le débiteur reste maître de ses biens et de ses actions; et tant que le droit des créanciers ne s'est pas réalisé par un acte d'exécution, ils n'ont dans les biens de leur débiteur qu'un gage éventuel, une fugitive espérance. La personne seule leur est directement obligée, mais non les choses (2).

(1) L. 38, ff. *de rei vindicatione.*

(2) Code civil, art. 2092 et 2093.

ART. Ce ne sont pas seulement les créanciers, dont les intérêts peuvent ressentir de compromettantes atteintes par le résultat d'un procès qui s'agite entre d'autres parties.

Celui qui plaide pour faire reconnaître à son profit l'existence d'un droit de propriété ou de tout autre droit réel, élève une prétention à un droit absolu qui non-seulement s'exerce contre son contradicteur actuel, mais qui implique en même temps l'idée de son existence à l'encontre de tous ; c'est un défi jeté à toute prétention rivale. On conçoit donc que des tiers aient intérêt à l'issue de cette contestation, dans laquelle ils ne figurent pas, et d'où peut naître cependant une sorte de préjugé contre leurs droits, et quelquefois même, par l'exécution donnée au jugement, un dommage effectif.

Ou bien l'une des parties, pour exercer un simple droit de créance, se prévaudra d'une qualité particulière qu'un tiers est intéressé à contester, parce qu'à lui seul appartiendrait cette qualité et le droit qui y est attaché. Cependant il ne figure pas dans ce procès, dont le résultat lui sera d'autant plus préjudiciable, qu'aux termes de l'article 1240 du code civil, le payement fait de bonne foi à celui qui se trouve en possession de la créance est valable

encore que le possesseur en soit par la suite Art.
évincé.

Enfin le résultat d'un procès dans lequel ils n'ont pas été appelés, intéresse tous ceux dont la responsabilité légale ou conventionnelle se trouverait engagée vis-à-vis de l'une des parties ; tous ceux dont l'obligation serait par conséquent subordonnée à une décision favorable ou contraire.

Telles sont les catégories diverses dans lesquelles on peut classer ceux qui, ayant un intérêt plus ou moins direct à une contestation, n'y figureraient activement ni passivement.

La société garantit cependant tous les droits, et la loi protége tous les intérêts : cette protection se manifeste, dans ce cas, en fournissant les moyens — de prévenir un préjudice possible, — ou de le neutraliser.

Le moyen préventif, c'est l'*intervention*. 339.

Les autres moyens consistent dans une *fin de non-recevoir* (1) contre l'autorité du jugement

(1) Les fins de non-recevoir sont de véritables défenses ; on les confond cependant quelquefois avec les exceptions. Voyez sur les différences à établir entre elles, Introduction, p. 81.

Art. dans lequel on n'a pas été partie (1), et dans une *action* dirigée contre le jugement lui-même,
474. c'est-à-dire la voie de la *tierce opposition.*

Lorsqu'il s'agit des conventions, on trouve dans la loi, pour détourner les effets préjudiciables qui pourraient en résulter pour les tiers, deux dispositions corrélatives à celles qui ont pour objet de neutraliser dans le même cas les conséquences d'un jugement : — le principe d'après lequel les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (2), — et le droit accordé aux créanciers d'attaquer *en leur nom personnel* les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (3).

Mais le droit d'intervenir entre les contractants ne pouvait être concédé aux tiers (4). Les conventions sont en général, pour les parties, des actes purement volontaires et facultatifs qui ne souffrent pas l'alliage d'une influence étrangère, et qui d'ailleurs ne se révèlent aux tiers qu'au moment de leur perfection. — Une

(1) Code civil, art. 1351.

(2) Code civil, art. 1165.

(3) Code civil, art. 1167.

(4) Sauf le partage dans lequel les créanciers ont le droit d'intervenir, aux termes de l'article 882 du Code civil; on en verra bientôt la raison.

instance judiciaire suppose au contraire un désaccord entre les plaideurs, et la distance qui sépare leurs prétentions réciproques laisse la place libre à d'autres intérêts. La publicité du débat suscite la vigilance de ceux que peuvent froisser l'outrecuidance de la demande ou les suspectes allures de la défense : l'intervention se présente donc ici naturellement comme moyen de satisfaire tous les intérêts opposés, en leur permettant de se produire dans le champ clos de l'instance. Art.

Il ne faut pas croire, au surplus, que les divers moyens destinés à prévenir ou à paralyser les effets préjudiciables d'un jugement soient laissés indifféremment à la discrétion de tous les intéressés; il y a sur ce point des distinctions à saisir, et de ces nuances délicates qui n'apparaissent pas à la surface des textes, mais que recèle leur substance.

J'ai indiqué, en les rangeant dans différentes classes, ceux qui pouvaient avoir quelque intérêt au résultat d'un procès dans lequel ils ne figurent pas. Tous auront en principe le droit d'intervenir ; cependant leur position diffère sous des rapports essentiels.

ART. Les uns sont véritablement des *tiers*, en ce sens qu'aucun lien ne les rattache à la personne des parties qui plaident. Leur intérêt à l'issue du procès naît uniquement du rapport qui existe entre eux et l'objet de la contestation. Tels sont ceux qui prétendraient un droit réel sur la chose que les plaideurs se disputent, ou qui seraient investis d'une qualité qu'usurpe l'une des parties pour justifier l'action ou se défendre contre elle (1). L'intervention dans ce cas est *agressive,* car elle a pour but de protéger un intérêt distinct de celui des parties en cause. Les tiers, outre la faculté d'intervenir, auraient le droit de décliner l'autorité du jugement; ils pourront même l'attaquer par tierce opposition, si leur intérêt l'exige.

D'autres, au contraire, ont une position mixte : ce sont les créanciers des parties en cause ; ce sont aussi les personnes dont l'obligation est subordonnée au résultat du procès dans lequel on ne les a pas appelées. Tels seraient le garant simple ou formel, la caution, les codébiteurs solidaires, les personnes responsables du fait d'autrui, le failli dans le cas prévu par l'article 443 du code de commerce. Sous un

(1) Par exemple, la qualité d'héritier, de légataire, de cessionnaire, etc.

certain rapport, toutes ces personnes sont re- Art.
présentées dans l'instance par le principal intéressé, le codébiteur ou le syndic, qui y figurent ; sous un autre point de vue, elles peuvent être considérées comme des tiers.

Elles sont représentées dans l'instance, car elles profiteront du jugement rendu en faveur de la partie à laquelle les rattache un lien de droit : *Si pro servo meo fidejusseris, et mecum de peculio actum est, si posteà tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re judicatâ* (1). Ce principe est généralisé dans les articles 1166, 1208 et 2036 du code civil ; et c'est aussi à raison de cette confusion qui s'opère entre le représentant et le représenté, que je reconnaîtrais aux ayants cause le droit d'attaquer, du chef de la partie qui les représente, et dans les délais impartis à celle-ci, par la voie de l'opposition, de l'appel, de la requête civile ou du pourvoi en cassation, le jugement préjudiciable à leurs intérêts communs.—A plus forte raison faut-il leur reconnaître le droit d'intervenir et de substituer leur surveillance personnelle à la douteuse sollicitude d'un coïntéressé. Mais leur intervention

(1) L. 21, § 4, *ff. de except. rei judicatæ.*

ART. n'est pas de même nature que si elle émanait d'un tiers : ce n'est plus alors un acte agressif, c'est un acte purement *conservatoire*.

Cette qualité d'ayants cause, qui légitime leur intervention, s'oppose d'un autre côté à ce qu'ils puissent jamais repousser par voie de défense ou d'exception l'autorité de la chose jugée avec leur représentant (1). A ce titre, ils sont réputés parties dans l'instance, qu'ils aient ou non usé de la faculté d'intervenir ; et ce caractère qui leur est imprimé ne peut s'effacer et disparaître devant une simple défense combattue par la présomption de la loi.

S'ils veulent repousser les conséquences du jugement rendu hors de leur présence, il faut qu'ils fassent effort pour détacher et mettre en relief leur personnalité confondue en celle de leur représentant, et que, répudiant la fiction légale qui blesse leurs intérêts, ils invoquent un droit distinct, inhérent à leur personne, et qui n'a pu être protégé dans les débats de l'instance; il faut qu'ils *agissent* en leur nom

(1) Voy. notamment les arrêts rapportés par Brillon, v° *caution*, n°s 269 et 275, qui décident que le jugement rendu contre le débiteur principal est de plein droit exécutoire contre la caution. Néanmoins cette question était autrefois controversée.

personnel, et l'action qui leur appartient, c'est la tierce opposition. — Pour eux, la voie de la tierce opposition n'est donc pas facultative, elle est nécessaire. ART.

Les créanciers ne seront plus que des tiers, lorsqu'ils attaqueront le jugement rendu contre leur débiteur qui s'est laissé condamner en fraude de leurs droits; car ils ne sont pas représentés par celui qui collude contre eux (1).

La caution, le codébiteur solidaire, la personne civilement responsable, n'auront pas été représentés dans l'instance où figuraient le débiteur principal ou le coobligé, lorsqu'ils pourront eux-mêmes faire valoir contre le créancier des moyens de défense qui leur sont personnels, et qui dès lors n'ont pu être proposés dans l'instance (2); il en serait de même, s'ils fournissaient la preuve d'une fraude concertée entre les plaideurs.

Le garant n'aura pas eu pour représentant celui à qui la garantie est due et qui ne l'a pas appelé dans l'instance, s'il parvient à prouver

(1) Code civil, art. 1167. — Code de proc., art. 873.

(2) Code civil, art. 1208 et 2036. — V. arrêt de la cour de cassation du 27 novembre 1811; Dalloz, Jurisp. gén., t. 1, p. 406.

ART. qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande principale, et qu'ils n'ont pas été proposés, ce qui pourrait faire supposer une collusion coupable entre les parties qui figuraient dans l'instance (1); et le droit qui lui appartient dans ce cas de décliner la garantie demandée par action séparée, n'est à mes yeux que le résultat d'une tierce opposition incidente par lui dirigée contre le premier jugement.

En résumé, tous ceux auxquels j'ai reconnu cette sorte de position mixte auront, même en acceptant la qualité d'ayants cause, la faculté d'intervenir; et si l'on suppose qu'ils n'aient pas été appelés ou qu'ils ne soient pas intervenus dans l'instance, ils pourront prendre la voie de la tierce opposition, mais seulement pour faire prévaloir des droits qui leur sont personnels. — Dans aucun cas ils ne pourront décliner, par voie de défense, l'autorité de la chose jugée entre les parties en cause.

Il existe cependant une dérogation remarquable à quelques-uns des principes qui viennent d'être développés : cette dérogation a lieu

(1) Code civil, art. 1640.

en matière de partage; elle résulte de la dispo- Art.
sition de l'article 882 du code civil.

Le partage n'est pas un acte purement volontaire, c'est l'exécution d'une obligation légale (1); et c'est là ce qui explique pourquoi les créanciers des copartageants peuvent intervenir dans le partage, même lorsqu'il se fait à l'amiable et sans formalités judiciaires. En faisant des conventions, on n'exerce en général qu'une simple *faculté*, et le droit, naît seulement lorsque la convention est parfaite. Ici, au contraire, le *droit* ou *l'action* existaient de par la loi avant l'opération du partage, et les créanciers qui ne peuvent exercer une faculté au lieu et place de leur débiteur peuvent, au contraire se prévaloir de ses droits, et par conséquent s'opposer à ce qu'il soit procédé au partage conventionnel hors de leur présence. D'ailleurs un partage est en général une opération longue et difficile, annoncée d'avance par la notoriété des faits qui le rendent nécessaire, c'est-à-dire, l'ouverture d'une succession, la dissolution d'une communauté ou d'une société; les créanciers sont donc en mesure de notifier leur opposition, ou de se présenter dans

(1) Code civil, art. 815.

ART. l'instance qui a pour objet de mettre un terme à l'indivision; et le partage fait sans eux, au mépris de cette opposition ou de cette intervention, devrait être annulé sur leur demande (1).

Mais là se borne le droit des créanciers. S'ils avaient négligé d'exercer le droit d'intervention, ils n'auraient ni l'action révocatoire de l'article 1167, ni la voie de la tierce opposition. Ils pourraient seulement, comme exerçant les droits de leur débiteur (2), se pourvoir *de son chef* en nullité ou en rescision, dans les cas où lui-même pourrait attaquer le partage, c'est-à-dire pour omission des formes prescrites par la loi, pour cause de dol, de violence ou de lésion de plus du quart (3).

Pourquoi cette différence entre les actes et les jugements ordinaires et l'acte ou le jugement de partage? — C'est que le partage n'a pas le caractère d'une spéculation; c'est un acte nécessaire, et la loi l'entoure à ce titre d'une protection spéciale : « Le partage n'est pas contrat, ni commerce; ains est un expédient

(1) Code civil, art. 882.
(2) Code civil, art. 1166.
(3) Code civil, art. 887.

inventé par le droit civil pour représenter à chacun des communs, séparément et à part la vraie valeur de la portion indivise qu'il avoit, pour éviter les discordes ou nonchalances, qui ordinairement se trouvent en l'administration des héritages et biens communs (1). » — C'est aussi parce que les créanciers trouvent dans l'action en rescision pour cause de lésion, qui leur est ouverte *même lorsque le partage a été fait judiciairement*, une imposante garantie. — C'est qu'enfin, en admettant que le débiteur ait pris dans son lot seulement de l'argent ou du mobilier pour priver ses créanciers du droit qu'ils auraient exercé sur les immeubles, cette fraude, pratiquée avant que les créanciers aient jeté le cri d'alarme, ne suppose aucune complicité de la part des copartageants, que les conséquences de la révocation viendraient cependant atteindre. ART.

L'instance en partage présente donc cette particularité, que les créanciers ont seulement le droit d'intervenir, et jamais d'attaquer par tierce opposition le jugement qui l'a consommé (2).

(1) Coquille, question 157.

(2) Quoique l'article 882 soit spécial au partage des

ART. J'ai distingué deux sortes d'interventions ; l'une formée par les tiers intéressés, et que j'ai qualifiée *agressive;* l'autre par les ayants cause, que j'ai appelée *conservatoire* : ce sont là des jalons que je retrouverai plus tard sur ma route. J'ai en même temps fait pressentir quelle sorte d'intérêt devait légitimer l'intervention, en indiquant les personnes auxquelles appartient cette prérogative. Les principes sur ce point se résument en exigeant chez l'intervenant un intérêt né et direct à l'issue de la contestation ; et l'on doit considérer comme ayant un intérêt de cette nature, les créanciers qui n'auraient qu'un droit non exigible ou simplement conditionnel. Pour eux, l'intervention n'est qu'un acte conservatoire permis par l'art. 1180 du code civil.

Il est dès lors facile, à l'aide de cette règle, de reconnaître les hypothèses dans lesquelles cette voie ne serait pas permise. Ainsi on ne devrait pas admettre à intervenir le

successions, il doit cependant s'appliquer au partage de communauté, c'est ainsi qu'on peut s'expliquer le renvoi au titre du *Contrat de mariage*, qui se trouve dans l'article 1167 ; les mêmes règles devraient aussi être observées dans un partage de société (art. 1872.)

tiers qui, n'ayant aucun intérêt au procès, se prétendrait injurié ou diffamé soit dans les plaidoiries, soit dans les écritures des parties, et réclamerait à raison de ce fait, ou la suppression des écrits, ou des dommages-intérêts. Quelle que soit en effet la décision rendue sur le fond, elle ne peut porter de préjudice aux droits des tiers diffamés. L'article 23 de la loi du 17 mai 1819 leur réserve expressément l'action en réparation : aucun intérêt ne justifierait par conséquent la soudaineté d'une intervention (1). — Cette hypothèse diffère essentiellement du cas où un acte produit dans le cours de l'instance serait argué de faux ou attaqué pour cause de nullité; l'intervention de l'officier public rédacteur de cet acte s'expliquerait alors par la responsabilité qu'il pourrait encourir dans le cas où l'acte serait annulé ou déclaré faux. Art.

Je n'admettrais pas non plus l'intervention d'une corporation qui, n'ayant au procès dans lequel se trouve engagé l'un de ses membres aucun intérêt direct, n'aurait d'autre but que

(1) V. en ce sens arrêts de Grenoble du 9 août 1828 et du 28 janvier 1832; Dalloz, 32, 2, 88. — Il y a plusieurs arrêts en sens contraire.

ART. de faire reconnaître au profit de celui-ci un émolument ou une prérogative qu'on lui conteste. On ne concevrait en effet l'intérêt et la légalité d'une semblable intervention que si le jugement devait avoir, pour l'avenir, l'autorité d'un règlement ou d'une loi. Mais les décisions judiciaires n'exercent leur empire que sur les faits accomplis (1), n'ont de force qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du procès, et ne peuvent être opposées qu'à ceux qui étaient parties dans l'instance (2). Quelle utilité, au point de vue légal, les intervenants pourraient-ils retirer de leur assistance au procès ? La décision au fond dût-elle faire triompher le droit qu'ils sont venus appuyer, les tiers et même la partie qui succombe pourraient soulever de nouveau contre chacun d'eux une contestation de la même nature, sans qu'on pût leur opposer l'autorité de la chose jugée; de sorte que l'intervention aurait pour objet unique d'établir un *précédent*. A ce compte, les commerçants auraient le droit d'intervenir dans le procès où figure un autre commerçant, toutes les fois que s'agiterait une question qui touche aux intérêts

(1) Code civil, art. 5.

(2) Code civil, art. 1351.

généraux du commerce; et toute personne menacée d'un procès aurait le même intérêt à se présenter dans l'instance où se débat une question identique à celle qu'elle prétendrait faire juger en sa faveur. Art. 871.

Ce n'est pas que j'entende refuser à une corporation le droit de figurer dans une instance par ses représentants légaux; ainsi des dispositions spéciales investissent les chambres de discipline du droit d'exercer, par leurs syndics, toutes actions et poursuites (1). Ce n'est donc pas le droit de plaider que je conteste, mais la *qualité* pour intervenir dans un débat qui concerne privativement un de leurs membres. Le droit d'agir, de même que le droit d'intervenir, ne peut être exercé par les chambres de discipline que dans l'intérêt de l'être moral qu'elles représentent. On conçoit qu'elles puissent former une action pour s'opposer à l'usurpation de certaines attributions que la loi confère exclusivement aux membres de la compagnie;

(1) V. arrêté du 13 frimaire an IX, art. 2-3° et 5-2° sur les avoués; arrêté du 2 nivôse an XII, art. 2-7° et 5-2°, et ordonnance du 4 janvier 1843, art. 2-7° et 7 sur le notariat; décret du 14 juin 1813, art. 70-8° et 76 sur l'organisation des huissiers.

ART. c'est qu'alors cette atteinte à leurs prérogatives ne frappe individuellement aucun d'eux, et les menace tous; l'être moral seul est directement atteint, il a donc qualité pour agir. Mais, lorsque la menace d'un préjudice se réalise contre un seul, qui doit exclusivement profiter du succès ou supporter les conséquences de la défaite, et lorsque cet intérêt individuel a pour représentant l'intéressé lui-même, je ne pourrais m'expliquer l'intervention d'un syndic que par les sympathiques entraînements d'une affectueuse confraternité. Mais la loi ne se plie guère à ces délicatesses de sentiment; c'est un intérêt appréciable qui doit justifier l'intervention, il ne se rencontre pas ici. Les attributions de la chambre consistent, en pareil cas, à donner un avis sur les différends où figure un officier ministériel à l'occasion de ses fonctions (1) : l'impartialité du juge se concilierait mal avec le rôle passionné du plaideur (2).

Enfin il peut arriver qu'à raison de la nature particulière de la contestation, de véritables intéressés soient exclus du droit d'intervenir.

(1) V. les dispositions des ordonnance et arrêtés précités, notamment art. 1-4° de l'ord. du 4 janvier 1843.

(2) V. dans ce sens arrêt de Nancy du 25 juillet 1833; Dalloz, 34, 2, 11.

On a vu que le droit d'intervention était pour les créanciers la conséquence de leur qualité d'ayants cause, et l'une des applications du principe de l'article 1166 du code civil; or ce principe cesse d'être applicable lorsqu'il s'agit de droits exclusivement attachés à la personne du débiteur. Ainsi les créanciers ne pourraient intervenir dans l'instance en nullité de mariage ou en séparation de corps formée par leur débiteur ou contre lui; car ces demandes supposent des droits ou s'attaquent à des intérêts exclusivement personnels, et c'est seulement par voie de conséquence qu'elles peuvent atteindre l'un ou l'autre des époux dans sa fortune. — Les créanciers de la femme ne pourraient pas non plus intervenir dans l'instance en séparation de biens qu'elle a formée. Cette intervention serait sans objet, puisque la femme est libre de renoncer à sa demande, sans que ses créanciers puissent invoquer des motifs d'intérêts pécuniaires pour exercer contre son gré une action dont l'effet indirect est de jeter le trouble dans le ménage, et de relâcher jusqu'à un certain point le lien conjugal (1). Mais les créanciers du mari pour- Art.

(1) Code civil, art. 1446. — Mais si la femme deman-

ART. raient intervenir dans l'instance en séparation de biens pour la contester (1). C'est qu'en effet, si la femme a le choix d'invoquer ce triste remède, ou de préférer, au contraire, sa part de mauvaise fortune dans le naufrage de la communauté, le mari n'est jamais libre de consentir à la séparation de biens (2), et d'un autre côté cette demande a pour objet direct les biens et non les personnes. C'est ce qui explique le droit d'intervention au profit des créanciers du mari. — D'après le même principe, les créanciers du donateur ne pourraient intervenir dans l'instance en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, tandis que les créanciers du donataire pourraient intervenir pour la repousser. C'est que la demande est fondée sur une injure *personnelle* que le donateur est libre de venger ou de remettre, et qu'en même temps elle a pour objet direct

dait dans la même instance sa séparation de biens et la liquidation de ses droits, ses créanciers personnels auraient le droit d'intervenir pour prendre part au règlement de ses droits et reprises. Seulement leur intervention serait sans objet, si la séparation de biens n'était pas prononcée.

(1) Code civil, art. 1447.

(2) Code civil, art. 1443.

*les biens* du donataire, ce qui justifie l'intervention de ses créanciers. On pourrait multiplier les exemples; il suffit d'avoir éclairé l'application du principe (1). ART.

Cette doctrine sur le droit d'intervention résulte de la saine intelligence et de la combinaison des dispositions de nos codes; elle s'appuierait encore sur l'autorité des anciens principes. Ces termes *intervenire*, *intercedere*, appartiennent à la langue juridique de Rome (2), et la distinction que j'ai établie entre les ayants cause et les tiers était consacrée par ses jurisconsultes. — Elle se manifestait dans la forme même de l'intervention : les tiers, en effet, ayant un droit distinct, étaient considérés comme des demandeurs nouveaux, et devaient par conséquent obtenir une formule dans laquelle le magistrat avait soin d'indiquer le juge déjà saisi de l'action primitive : *Quod si adhuc nondum finito judicio, supervenerit,*

(1) On conçoit que si le droit d'intervention n'existe pas, il y a même raison pour refuser le droit de former tierce opposition. — V. arrêt de Poitiers du 1er février 1842 rendu en matière d'interdiction; Dalloz, 43-2-131.

(2) Voyez les différentes acceptions de ces mots dans Brisson : *De verborum significatione.*

ART. *ad eundem judicem mittetur* (1). Tandis que l'ayant cause qui ne devait profiter qu'indirectement de la sentence prononcée au profit de l'une des parties qui figuraient dans l'instance, pouvait, sans avoir recours au préteur, se présenter *in judicio* pour y assister, *adesse* (2), et veiller à ses intérêts en péril. — Cette distinction se manifestait en outre dans le droit; car, si les ayants cause n'avaient pas usé de la faculté d'intervenir, l'exception de la chose jugée leur était opposable, sauf l'appel qu'ils étaient en droit d'interjeter (3). Les tiers pouvaient au contraire, en négligeant l'intervention, décliner l'autorité de la sentence; peu importait d'ailleurs la connaissance qu'ils auraient eue de l'existence du débat auquel ils

(1) L. 9, ff. *de liberali causâ;* voyez aussi Quintilien, *Institut. orat.*, lib. 3, cap. 10.

(2) L. 29, ff. *de inofficioso testamento.* —Dans l'espèce de cette loi, un légataire est autorisé à se présenter dans l'instance pendante entre les héritiers institués et l'héritier légitime qui attaque le testament comme inofficieux. Le légataire est représenté par l'héritier testamentaire; aussi, indépendamment de son intervention, a-t-il le droit d'appeler de la sentence.

(3) V. la loi précitée et l. 5, pr., § 1 et 2, ff. *de appellationibus.*

n'avaient pas voulu prendre part. La loi romaine en donne une raison frappante de vérité, et qui peut facilement être généralisée : « *Si fundum à te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex personâ Titii, ad me pertinere dico, quamvis contrà Titium, me sciente, judicatum sit, nullum tamen præjudicium patior*, QUIA NEQUE EX EO JURE QUO TITIUS VICTUS EST VINDICO, NEQUE POTUI TITIO INTERCEDERE QUOMINUS JURE SUO UTATUR (1). » ART.

Nos anciennes ordonnances ne contiennent aucune disposition qui indique la mesure de l'intérêt exigé chez l'intervenant ; la jurisprudence et la doctrine consacraient cependant la distinction que nous avons retrouvée dans notre législation moderne entre l'intervention agressive des tiers, et l'intervention conservatoire des ayants cause (2).—Les textes ne présentent qu'une série de minutieuses précautions contre les fraudes multiples auxquelles pouvait donner lieu la faculté d'intervenir ; de sorte qu'à la vue de toutes ces plaies que le législateur lui-

(1) L. 63 *in fine*, ff. *de re judicatâ*.

(2) V. les arrêts rapportés par Brillon, v° *intervention*, et Bornier sur l'ordonnance de 1667, tit. 11, art. 28.

ART. même nous montre comme s'attachant à son œuvre, on s'étonne qu'au lieu d'y chercher un remède, il n'ait pas sacrifié le principe et rejeté le droit d'intervention avec ses pernicieuses conséquences (1).

Mais le mal ne résidait pas dans ce droit considéré en lui-même ; il était dans les priviléges personnels qui en faussaient l'application ; dans cette organisation judiciaire qui faisait dépendre la compétence du juge de la survenance au procès d'un plaideur privilégié ; dans cette législation impuissante à détruire les abus, parce qu'ils étaient nés avec elle, et qu'ils devaient aussi disparaître avec elle devant la même proscription.

L'intervention ne présente plus aujourd'hui ces dangers que dévoilera bientôt un regard jeté vers le passé (2); elle est revenue à la pureté de son principe, et nous pouvons la définir : Un moyen légal de faire *reconnaître*, dans une instance introduite par d'autres, un droit de

(1) V. l'ordonnance de janvier 1629, art. 105 et suiv.; l'ordonnance de 1667, tit. 11, art. 28 et suiv.; l'ordonnance d'août 1669, tit. 4; la déclaration du 23 décembre 1702, art. 18; l'ordonnance d'août 1737, tit. 1, art. 29 ; l'édit de fév. 1771, tit. 5.

(2) V. *infrà*, p. 153.

créance ou de propriété que la force exécutoire de la sentence aura pour effet de faire *respecter*. Art.

C'est aux individus à réclamer la reconnaissance de leur droit ; — c'est aux pouvoirs publics qu'il appartient de le faire respecter. Qu'importe donc que l'intervention donne à l'une des parties, ou à chacune d'elles, un ou plusieurs adversaires de plus ? l'égalité des positions n'en reçoit aucune atteinte ; le droit reste toujours le même, et la vérité n'acquiert pas une puissance nouvelle du nombre des voix qui l'invoquent ou la proclament; les plaideurs ne font que mettre en lumière leur droit méconnu, ils ne sont pas ses vengeurs.

On a vu quel était, au point de vue de la théorie, le caractère de l'intervention, et pour quels motifs elle est permise; je dois maintenant supposer le droit exercé, et sous ce nouveau rapport examiner sa nature, la forme sous laquelle il s'exerce, et les effets qu'il produit.

L'intervenant semble, au premier aperçu, devoir être toujours considéré comme *demandeur*, puisque sa présence dans l'instance est un acte spontané de sa part; cependant, si

ART. cette dénomination lui est applicable, en ce sens qu'il *demande* à être reçu partie au procès, il se trouvera, relativement à la contestation originaire, demandeur ou défendeur, suivant l'intérêt qui aura motivé l'intervention. — Il peut se faire qu'elle ait lieu dans son intérêt exclusif; — ou pour soutenir les droits de la partie qui a introduit l'instance, — ou pour protéger les intérêts de la partie qui se défend. Demandeur en intervention, l'intervenant, dans les deux premières hypothèses, sera de plus demandeur au fond; dans la dernière, c'est un défendeur qui vient réunir ses efforts à ceux du défendeur originaire (1). Cette observation peut avoir quelque importance, si l'on suppose à celui qui intervient la qualité
166. d'étranger, puisque le *demandeur intervenant* est seul soumis à l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi* (2).

L'intervention a donc pour objet tantôt une demande et tantôt une défense. Mais elle diffère de l'action originaire, en ce qu'elle n'est ni introductive d'instance, ni principale, et se
48. trouve dispensée à ce double titre du prélimi-

(1) Delvincourt, t. 1, p. 16, note 5.
(2) V. t. 3, p. 177.

naire de conciliation. L'intervention n'est pas introductive d'instance, car elle suppose nécessairement un procès déjà engagé; elle n'est pas principale, car elle n'est qu'un développement de l'instance préexistante. La section du tribunat, en s'expliquant sur les formalités auxquelles elle est assujettie, disait : « que, dans l'espèce de l'intervention, il s'agit de la *demande principale* d'une partie nouvelle; » mais il suffit, pour restituer à cette demande son véritable caractère, de se rappeler que le code range l'intervention au nombre des *incidents*, et que, dans l'art. 340, il a mis en regard et opposé l'une à l'autre l'*intervention* et la *cause principale*. Art.

Aussi l'intervention suppose-t-elle, comme toute demande incidente, la validité de l'instance originaire; de sorte que le tribunal n'aura pas à prononcer sur la demande de l'intervenant, si l'action principale est rejetée pour quelque vice de forme préexistant à l'intervention; on appliquera donc ici les distinctions précédemment établies pour les demandes reconventionnelles (1). M. Chauveau cite un arrêt de la cour de cassation du 16 juillet 1834,

(1) V. *suprà*, p. 103.

ART. qui aurait décidé, suivant lui, que tant que la nullité de la demande principale n'a pas été prononcée, l'intervention peut valablement être formée, et que l'intervenant ayant un droit acquis ne peut en être ultérieurement privé; mais cet arrêt n'a pas la portée qu'on lui donne, puisque la cour de cassation a évité de se prononcer sur l'existence de cette prétendue nullité, qui d'ailleurs avait été rejetée par la cour royale (1).

Il est cependant une autre sorte d'intervention que nos anciens auteurs nomment *passive* ou *forcée* : « Elle a lieu, dit Rodier, quand une tierce partie est *assignée* pour intervenir dans un procès déjà pendant (2). » A cette définition, on reconnaît une demande principale. On la désigne aussi sous le nom de *mise en cause*, ou de *demande en déclaration de jugement commun*. Cette dernière dénomination est employée lorsque, sans prendre de conclusions directes contre la partie appelée, on se propose uniquement de la mettre à même de faire

(1) Lois de la proc. civ., quest. 1273 *quater*. L'arrêt cité est rapporté par Dalloz, 34-1-381.

(2) Questions sur l'ordon. de 1667, tit. 11, art. 28, quest. 1.

valoir ses droits dans l'instance, afin d'éviter qu'elle ne puisse attaquer par tierce opposition le jugement qui lui serait étranger. Art.

Le législateur n'a réglé que les formes de l'intervention active ou spontanée, et ne s'est pas expliqué sur l'intervention passive ou forcée. En voici la raison : L'intervenant appelé dans la cause est toujours un défendeur, et l'action dirigée contre lui est, comme je l'ai dit, une demande *principale* soumise, quant à sa forme, aux règles ordinaires de la procédure; il ne pouvait donc en être question au titre des *incidents*. C'est une demande principale, car l'ajournement signifié à l'appelé en cause est à son égard le premier acte de la poursuite (1); seulement elle n'est pas introductive d'instance, et par ce motif elle échappe à la nécessité du préliminaire de conciliation. — La compétence du tribunal saisi de la demande primitive s'étend d'ailleurs naturellement à l'intervention forcée (2).—S'agit-il, en effet, de

(1) V. t. 2, p. 3.— La qualification de demande principale, donnée à l'intervention forcée, a de l'importance lorsqu'il s'agit de décider si cette demande peut être formée pour la première fois en appel.

(2) A moins que l'objet de la mise en cause n'échappe à la compétence du tribunal, à raison de la matière. — V. t. 3, p. 402.

Art. 59. matière réelle immobilière ? tous les intéressés doivent plaider devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux; — si l'on plaide en matière personnelle, l'appelé en cause est un défendeur nouveau tenu de procéder devant le tribunal du défendeur originaire ; — enfin l'objet de la mise en cause sera tout au moins connexe à l'objet de la demande primitive, ce qui suffirait à justifier la compétence du tribunal déjà saisi. C'est sur ce motif que repose l'obli-
181. gation imposée au garant de plaider devant le tribunal où la demande originaire est pendante; or l'action en garantie, dans ce cas, n'est autre chose qu'une intervention forcée (1).

L'intervention proprement dite, résultat d'un acte volontaire, est donc seule véritablement incidente, et ce caractère se manifeste par la forme même qu'elle comporte. Ce n'est pas en effet par un ajournement que l'intervenant prend possession de cette qualité légale. Sa présence au procès se révèle en même temps que ses prétentions. Le premier acte qu'il notifie s'adresse à la fois aux parties et aux juges, et résume dans son contexte tous les actes successifs d'une procédure ordinaire. C'est une

(1) V. t. 2, p. 3.

*requête* contenant la constitution d'un avoué, les moyens et conclusions à l'appui de l'intervention, et la copie des pièces justificatives (1). Art. 339.

Ce n'est pas le simple acte indiqué pour les demandes incidentes formées par le demandeur ou le défendeur originaire, c'est un acte grossoyé (2) de la même nature que les défenses ou les réponses signifiées respectivement par les parties, aux termes des articles 77 et 78 du code. On conçoit facilement le motif sur lequel repose cette différence. Étranger à la procédure antérieure, l'intervenant s'explique pour la première fois par sa requête d'intervention; il devait par conséquent être admis aux prérogatives accordées aux parties en cause; tandis que les demandes incidentes émanent de plaideurs qui déjà ont épuisé leur droit en signifiant des moyens sur le fond, et à qui par conséquent la loi ne devait plus permettre que de simples conclusions. Il n'est pas inutile de faire observer que les parties peuvent, suivant l'article 75 du tarif, répondre à la requête

(1) L'intervention ne serait pas nulle, faute d'avoir signifié copie des pièces. Ici s'applique le principe de l'art. 65 du cod. de proc.

(2) Art. 75 du tarif.

Art. d'intervention par une requête en la même forme (1).

Le sens que j'ai donné à ce terme de requête, employé par l'art. 339, n'a pas été admis sans contradiction. On a équivoqué sur le mot, et l'on pourrait citer des cours qui l'ont interprété dans le sens d'une supplique qui devrait être soumise aux juges, et se compléter par une ordonnance portant permission d'intervenir. C'est là une mauvaise interprétation de la loi, un vestige gardé en d'opiniâtres sou-

(1) L'édit de février 1771, titre 5, article 5, permettait aussi de répondre à l'intervention comme s'il s'agissait d'une demande principale, « si ce n'est que les parties n'eussent aucuns moyens particuliers à ajouter à ceux dont elles se sont servies dans l'instance ou procès, auquel cas elles ne pourront donner aucunes nouvelles requêtes, sauf à employer, pour défendre à l'intervention, ce qu'elles auront écrit et produit dans l'instance ou procès principal, par les requêtes qu'elles y auront données, lesquelles ne pourront être signifiées à l'intervenant en aucun cas, sauf à lui à en prendre communication entre les mains du rapporteur, le tout à peine de nullité desdites requêtes et significations. » Cette distinction rentre parfaitement dans l'esprit de notre code, et devrait être suivie.

venirs, de quelques pratiques inutiles et surannées. Art.

Dans l'ancienne jurisprudence, lorsque la requête d'intervention était donnée dans une cause d'*audience*, on la portait au greffier, qui mettait au bas : *Viennent les parties;* puis, la requête signifiée, la cause était portée à l'audience, où l'on plaidait en même temps sur le principal et sur l'intervention. Le ministère du juge n'était pas, dans ce cas, un préalable nécessaire.

Mais si l'intervention était formée en une affaire *appointée* (1), c'est-à-dire soumise à l'instruction par écrit, la formule *viennent les parties* était mise par le rapporteur de l'instance; l'intervenant faisait alors signifier sa requête, et devait se pourvoir *à l'audience* pour faire *recevoir* son intervention, quand bien même elle n'eût pas été contestée. C'était un préliminaire obligé, une forme essentielle, que l'on cherchait cependant quelquefois à éluder en obtenant des lettres de chancellerie; ce qui avait lieu surtout, dit Rodier, quand on craignait que les juges ne refusassent d'appointer la requête.

(1) Voyez, pour ce qui concerne les *appointements*, t. 2, p. 319.

ART. Aujourd'hui, le juge peut bien être appelé à prononcer, par préalable, sur l'admissibilité de l'intervention, si elle se produit dans une affaire sur laquelle a été ordonnée une instruc-
341. tion par écrit; mais seulement dans le cas où l'intervention est *contestée par l'une des parties*. Je ne vois pas dès lors la nécessité d'obtenir du juge, par avance, la permission d'intervenir, puisqu'il ne serait pas libre de la refuser d'office.

On conçoit facilement le motif pour lequel l'incident soulevé par la contestation sur l'admissibilité de l'intervention doit être jugé à l'audience, par préalable, dans les affaires soumises à l'instruction écrite : pourquoi emploierait-on une procédure coûteuse et compliquée, lorsqu'il est douteux que l'intervention puisse être reçue, et lorsque l'intervenant ne sera peut-être pas admis à s'expliquer sur le fond? — Aussi, quel que soit le motif pour lequel l'intervention est contestée, moyen de forme ou défaut de qualité, exception ou fin de non-recevoir, il y sera statué d'abord à l'audience; l'intervention est-elle admise, le fond sera joint à la cause principale et compris dans la même instruction : c'est ce que l'on appelait autrefois, dans le style technique de

la procédure, *appointer en droit et joint* (1). Art.

Mais, dans les causes soumises à la procédure ordinaire, je ne reconnaîtrais pas aux parties le droit de contester par préalable la *qualité* de l'intervenant, et d'y faire statuer séparément du fond. La raison d'économie des frais ne se retrouve plus ici, et tournerait plutôt en faveur de la marche que j'indique. On rentre alors dans le droit commun, qui ne permet pas de détailler les *défenses* pour en faire l'objet de décisions successives; la fin de non-recevoir, tirée du défaut d'intérêt ou de qualité, n'est en réalité qu'une défense qui peut être proposée en tout état de cause, et pour laquelle nulle raison ne justifierait une décision par préalable. Le juge déclarera l'intervention recevable, ou la rejettera, par le même jugement qui statue sur la cause principale. — Si, au contraire, l'intervention était repoussée par un moyen de forme (2), l'exception pourrait être soumise au juge avant les débats sur le

(1) Voyez Jousse sur l'ordonnance de 1667, tit. 11, art. 28, n° 3.

(2) Si, par exemple, la requête d'intervention ne contenait pas une désignation suffisante des parties qui interviennent.—V. arrêt de Colmar 22 fév. 1809; Dalloz, Jurisp. génér., t. 9, p. 592.

Art. fond. Alors elle se sépare naturellement des défenses par la nécessité de la proposer *in limine litis*, si l'on veut éviter qu'elle ne soit couverte.

Telle est la marche régulière tracée pour l'intervention; cependant il faut distinguer avec soin, dans les formes prescrites, celles qui sont une simple faculté pour le plaideur, et celles que la loi impose comme obligation. C'est une obligation pour l'intervenant de faire connaître aux parties en cause l'objet de sa présence et les moyens qui la justifient; mais il importe peu que l'intervention soit notifiée par une requête grossoyée ou par un simple acte de conclusions (1): la forme d'une requête est indiquée dans l'intérêt de l'intervenant lui-même; c'est une faculté dont il est libre de ne pas user (2). — Je n'irais pas cependant jusqu'à lui concéder le droit d'improviser à l'audience, par l'intermédiaire d'un avoué, de simples conclusions verbales. L'intervention ne peut être formée que par écrit; les art. 33 et 72 du décret du 30 mars 1808, applicables aux demandes additionnelles et en reconven-

(1) Arrêt de Bruxelles du 25 av. 1822; Dalloz, Jurisp. génér., t. 9, p. 593.

(2) Argument des articles 79 et 80 du cod. de proc.

tion (1), ne s'étendent pas à l'intervention. Art.
Les parties *en cause* ont seules la faculté de *changer* leurs conclusions ou d'en prendre de *nouvelles* sur le barreau : c'est que leurs qualités respectives se trouvent déjà fixées par l'ajournement, centre commun autour duquel gravitent toutes prétentions et toutes défenses.

L'intervenant ne peut invoquer sa qualité de partie dans l'instance, pour formuler son intervention par conclusions verbales ; car cette qualité n'est que le résultat de l'intervention elle-même, et par conséquent n'existait pas avant elle. Il faut un monument qui constate cette initiation d'un tiers aux intimes révélations de l'instance, et qui soit pour l'intervention ce qu'est l'ajournement pour la demande principale.

Mais l'aspect inattendu des faits trouve souvent en défaut les prévisions de la loi. Comment se conformer aux dispositions du code qui exigent la signification aux avoués de la requête d'intervention, si le défendeur originaire n'a pas constitué avoué? — Cette question, soulevée par les anciens et par les mo-

(1) V. *suprà*, p. 27.

ART. dernes commentateurs, a reçu des solutions dont la diversité atteste une difficulté réelle : « Lorsqu'une tierce partie vient demander d'être reçue intervenante, disait Rodier, s'il y a quelque partie défaillante, il faudra lui faire signifier la requête à son domicile *sans assignation*, mais avec sommation ou déclaration qu'on poursuivra à toutes les audiences (1). » Ce système a été suivi par MM. Thomine-Desmazures (2), Dalloz (3) et Chauveau (4). — M. Lepage regarde comme inutile la signification de l'intervention au défaillant, par la raison que *la partie qui ne constitue pas avoué ne peut prendre part à aucun incident* (5). — M. Pigeau veut que dans ce cas l'intervenant obtienne contre le défaillant un jugement de jonction qu'on lui ferait signifier en le réassignant (6).

Aucun de ces systèmes ne me paraît satis-

(1) Sur l'ordonnance de 1667, tit. 11, art. 28, question 1re.

(2) Commentaires, tome 1, p. 544.

(3) Jurisprudence générale, t. 9, p. 590, n° 8.

(4) Lois de la procédure civile, question 1273 *ter*.

(5) Page 222, question 2.

(6) Commentaire, tome 1, p. 600.

faisant. Dans notre procédure moderne, c'est quelque chose d'anomal que cette signification à personne ou domicile d'un acte de la procédure judiciaire rédigé par un avoué. D'un autre côté, le défendeur doit connaître les conclusions de l'intervenant, et M. Lepage a confondu, dans la maxime qu'il énonce, les incidents relatifs à l'instruction et ceux qui, tels que l'intervention, ont pour résultat un agrandissement imprévu de l'instance primitive. Quant au système de M. Pigeau, il suffit, pour le rejeter, de faire remarquer que l'intervenant ne peut pas *réassigner* une partie à laquelle il n'a pas donné une première assignation; l'article 153 du code de procédure s'applique uniquement au cas où, plusieurs parties étant *assignées*, l'une fait défaut, tandis que l'autre comparaît. Art.

Il y a toujours un grand inconvénient à combler arbitrairement par des procédures imaginées les lacunes que l'on croit trouver dans la loi; car il peut se faire que l'exercice d'un droit n'ait été concédé que pour les cas où les formalités qui le régissent peuvent recevoir une application exacte et littérale.

Si vous essayez de combiner les théories légales sur l'intervention avec les formes exigées

Art. par la loi, vous trouverez que la question posée ne présente guère d'intérêt pratique, et qu'elle ne devait pas dès lors attacher l'attention des rédacteurs du code.

En se reportant à l'article 340, on y voit en effet que l'intervention ne peut retarder le jugement de la cause principale quand elle est en état; j'expliquerai bientôt les motifs et les conséquences de cette règle; mais on aperçoit de suite quelle influence elle peut exercer sur le droit d'intervenir, en supposant que le défendeur n'ait pas comparu : « Si le défendeur n'a pas constitué avoué, dit l'article 149, il sera donné défaut; » et l'art. 150 ajoute : « que le défaut sera prononcé à l'audience *sur l'appel de la cause*, et les conclusions de la partie qui le requiert, adjugées, si elles se trouvent justes et bien vérifiées (1). »

L'intervention ne peut enlever au demandeur

(1) « Au jour de l'échéance des assignations, l'huissier audiencier fera successivement à l'ouverture de l'audience l'appel des causes dans l'ordre de leur placement au rôle général. — Sur cet appel, et *à la même audience*, seront donnés les défauts sur les conclusions signées de l'avoué qui le requerra et déposées sur le bureau, conformément au code de procédure. » (Art. 21 du décret du 30 mars 1808.)

le droit de requérir l'adjudication de ses conclusions à l'expiration des délais de l'ajournement. Mais le défaut de comparution se réalise et se constate en même temps que le tribunal en adjuge le profit : il est donc difficile d'admettre l'incidence d'une intervention qui, pour être notifiée *au défaillant*, entraînerait nécessairement des délais que le demandeur principal ne serait pas obligé d'attendre. Art.

Sous l'empire de l'ordonnance, c'étaient d'autres principes qui régissaient la matière des défauts; et l'on comprend que la doctrine ait dû suppléer au silence du texte en indiquant pour l'intervention une marche particulière dans l'hypothèse qui nous occupe. La constatation du défaut était alors un acte distinct du jugement qui en adjugeait le profit; le défaut se prenait au greffe après l'expiration des délais de l'ajournement et des délais de surséance accordés au défendeur pour constituer son procureur (1); mais le demandeur ne pouvait faire prononcer sur le profit du défaut, c'est-à-dire demander à l'audience l'adjudication de ses conclusions, qu'après l'expiration d'un

(1) Rodier, sur l'ordonnance, tit. 3, art. 5, question 1.

ART. nouveau délai à compter du jour du défaut relevé au greffe : ce délai ne pouvait en aucun cas être moindre de huitaine. L'intervention pouvait donc facilement se lier à l'instance, avant l'obtention du jugement, par la signification d'une requête tant au procureur du demandeur qu'à la partie défaillante.

Aujourd'hui, cette hypothèse ne peut guère se réaliser que dans le cas où le demandeur s'abstiendrait de requérir jugement à l'expiration des délais de l'ajournement (1), ou s'il était obligé de réassigner un des défendeurs dans le cas prévu par l'article 153; on concevrait alors qu'une intervention pût se produire dans l'entre-temps; mais sous quelle forme devrait-elle être notifiée à la partie qui n'a pas d'avoué ?

Je ne saurais admettre d'autre mode conciliable avec le système de notre procédure, que la signification à la partie défaillante d'un ajournement à comparaître devant le tribunal déjà saisi, pour y procéder sur l'intervention. Il y a nécessité, dans ce cas, d'abandonner la

(1) Mais, dans ce cas, le tribunal pourrait ordonner la radiation de la cause, aux termes de l'article 29 du décret du 30 mars 1808.

forme incidente de la requête et d'agir par voie principale (1). Art.

On ne doit, en général, signifier à personne ou domicile que les procédures ayant pour objet de mettre la partie en demeure de faire certains actes qui doivent personnellement émaner d'elle. Tel est l'ajournement par lequel la partie est sommée de comparaître, c'est-à-dire de constituer avoué; mais signifier, comme le voulait Rodier, une *requête* d'intervention sans assignation à personne ou domicile, ce serait supposer au défendeur le pouvoir de répondre directement, tandis qu'il ne le peut faire qu'après avoir constitué avoué; l'intervenant doit donc mettre la partie en demeure de se faire légalement représenter, et la requête ne doit être signifiée qu'à l'avoué, qui seul a qualité pour y répondre. —A l'époque où Rodier proposait cette marche que j'ai repoussée, la signification à domicile de requêtes ou de défenses n'avait rien qui répugnât aux mœurs judiciaires du temps; cette procédure était en usage dans les siéges où il n'y avait pas de procureurs en titre, ou lorsque

(1) V. *suprà*, p. 34, ce qui a été dit sur les demandes additionnelles, dans l'hypothèse où le défendeur n'a pas constitué avoué.

Art. leur ministère n'était pas nécessaire, et c'était une obligation imposée aux parties de se signifier respectivement à domicile des requêtes ou *libelles* contenant leurs moyens (1). Mais nous ne sommes plus familiarisés avec cette idée d'un acte d'instruction signifié à la partie, et cette procédure est en dehors du système général de notre code. D'ailleurs, en indiquant la forme de l'ajournement, je trouve dans l'article 718 une puissante raison d'analogie : l'intervention d'un tiers dans la procédure en saisie immobilière est formée par ajournement contre les parties *n'ayant pas d'avoué en cause.*

L'intervention régulièrement formée suivant les principes qui viennent d'être exposés est encore soumise à une autre condition, pour qu'elle puisse se fondre dans l'unité de l'instance, et recevoir en même temps que la cause principale une décision définitive. Cette condition, déjà indiquée, résulte de ces termes de la loi : « L'intervention ne pourra retarder
340. le jugement de la cause principale, quand elle sera en état. »

(1) Rodier, sur l'ordonnance, tit. 5, art. 3, question 1.

Il y a donc une question d'opportunité à examiner, car l'intérêt des parties en cause domine l'intérêt accessoire de la partie intervenante. ART.

Ce serait une curieuse recherche que de signaler toutes les défiantes précautions de l'ancienne jurisprudence contre les ruses de plaideurs s'efforçant de perpétuer la durée d'un procès, afin d'éloigner les effets de la sentence. Ces défiances ont passé dans notre code, bien que l'abus ne présente plus les mêmes dangers, grâce à notre procédure simplifiée et à l'extirpation de cette hiérarchie multiple de tribunaux, qui, suivant l'expression de Loyseau, « ôtait le moyen au peuple d'avoir justice (1). »

Cette faculté d'intervenir, qui présente l'avantage de clore par un même jugement des contestations connexes, était, sous la législation antérieure, un moyen dont s'emparait un plaideur aux abois, pour le faire tourner au profit de ses résistances. Il est facile de comprendre quel parti la mauvaise foi pouvait tirer d'une intervention concertée, si l'on se rappelle cette faveur des *committimus*, qui don-

(1) Discours sur l'abus des justices.

ART. nait à certains privilégiés le droit de porter leurs causes à des tribunaux particuliers (1). Ils y puisaient encore le droit d'évoquer devant les juges de leur privilége les procès commencés en un autre tribunal, pour y figurer comme intervenants (2).—Un plaideur, en désespoir de cause, faisait intervenir un privilégié qui attirait le procès devant ses juges: c'était ce que l'on appelait une *intervention mendiée*. L'abus était d'autant plus dangereux, que la question de savoir si l'intervenant avait intérêt au procès ou même s'il pouvait invoquer son privilége, devait être portée devant la juridiction privilégiée; de sorte qu'il fallait revenir plus tard devant le tribunal où le procès principal était d'abord pendant, si l'intervention venait à être rejetée ou l'intervenant reconnu non privilégié (3).

L'abus des *committimus* n'était pas le seul à craindre.

(1) V. Introduction, p. 134; — quant aux personnes qui jouissaient du droit de *committimus*, v. art. 13 et 14, tit. 4 de l'ordonnance du mois d'août 1669.

(2) V. Rodier et Jousse sur l'article 28, tit. 11 de l'ord. de 1667; et l'ord. de 1669, tit. 4 art. 21.

(3) V. Rodier, *ibidem*, question 5; et Bornier sur l'ordon. de 1669, tit. 4, art. 10.

Lorsque parut l'ordonnance de 1667, il Art. existait dans quelques parlements une chambre établie pour connaître et juger les causes de ceux qui faisaient profession de la religion réformée; on la nommait *Chambre de l'édit* (1). Ceux dont les procès devaient être soumis à la juridiction de cette chambre avaient aussi le droit d'évoquer devant elle les procès pendants entre d'autres parties en un autre tribunal, s'ils voulaient y prendre part comme intervenants. Ce droit d'évocation donnait lieu à des abus du même genre que ceux dont j'ai parlé à propos du privilége des *committimus*; aussi l'ordonnance de 1667 fixa-t-elle un délai passé lequel l'intervenant ne pouvait plus évoquer et devait procéder devant le tribunal déjà saisi (2). Elle soumettait à une amende ceux qui évoqueraient sans avoir aucun intérêt réel au procès (3); et, pour empêcher que l'évocation ne devînt une tactique de procureur,

(1) Cette chambre fut établie au parlement de Paris, par l'art. 30 du fameux édit de Nantes, donné par Henri IV en l'année 1598. — Il y avait dans la chambre de l'édit un conseiller de la religion réformée.

(2) Ordonnance de 1667, tit. 11, art. 29.

(3) *Ibid.*, art. 30. — V. aussi art. 105 et 106 de l'ord. de janvier 1629.

ART. étrangère à la personne dont on aurait emprunté le nom, elle voulut que l'évocation en la chambre de l'édit ne pût avoir lieu qu'en vertu d'une procuration expresse, à peine d'en être débouté (1).

Cette chambre fut supprimée dans les parlements de Paris et de Rouen en 1669, dans le parlement de Toulouse en 1679; et bientôt l'institution des chambres de l'édit ne fut plus qu'un souvenir de la tolérance d'une époque meilleure, lorsque, par la révocation de l'édit de Nantes, en 1685, l'exercice de la religion réformée fut interdit dans le royaume.

Un privilége d'une autre nature était accordé aux personnes employées aux affaires publiques, et notamment aux officiers des troupes de terre et de mer. On leur octroyait des *lettres d'État*, dont l'effet était de suspendre contre eux toutes poursuites judiciaires, pendant un certain délai qui pouvait être prorogé. Il suffisait qu'un intervenant fût pourvu de lettres d'État, pour que les poursuites et le jugement

(1) Ord. de 1667, tit. 11, art. 31.—Dans quelques ressorts, notamment celui de Metz, on exigeait, dans tous les cas, que le procureur de l'intervenant fût pourvu d'une procuration.

fussent suspendus, si son intervention était admise (1). En 1702, un règlement fut publié sur cette matière. A cette époque, l'Europe entière s'unissait contre Louis XIV; aussi dans le préambule du règlement trouve-t-on comme une triste et solennelle pensée inspirée par la grandeur des événements. Après avoir parlé de ceux « qui exposent généreusement leur vie pour la défense de l'Etat, » et auxquels on a en d'autres temps accordé des lettres de surséance, « nous nous trouvons, est-il ajouté, indispensablement obligés, dans la conjoncture de la présente guerre, de leur continuer la même protection. » Mais on ne se dissimulait pas les abus que pouvait faire naître cette pieuse allégeance : « L'expérience nous a fait connaître que parmi un grand nombre d'officiers qui font un usage légitime des lettres d'État, il y en a plusieurs qui en abusent en prêtant leur nom et *se rendant par ce moyen parties dans des affaires où ils n'ont nul véritable intérêt.* » Art.

C'est la condition inséparable de tout privilége, quelle que soit la pureté de son origine, d'enfanter nécessairement des abus.

(1) Déclaration du 23 décembre 1702, art. 18.

ART. Tels sont les précédents de notre article 340; il a été conçu sous l'empire des mêmes craintes et pour éviter l'abus des interventions mendiées, bien que les dangers fussent loin d'être aussi graves. Aujourd'hui l'intervenant n'a, dans aucun cas, le droit d'évocation; aussi le code n'exige-t-il plus que son avoué soit porteur d'une procuration; l'intervenant ne pourrait même pas faire valoir contre la demande principale une exception déclinatoire, ou une nullité d'ajournement que le défendeur originaire aurait couverte ou refuserait de faire valoir (1). Ainsi l'inconvénient résultant de l'intervention serait uniquement de retarder le jugement de la cause principale; c'est à cela que le législateur a voulu remédier.

Mais les termes de la loi n'offrent peut-être pas un sens bien précis. Une interprétation assez naturelle est celle-ci : puisque l'intervention ne peut retarder le jugement lorsque la cause principale est en état (2), l'intervenant

(1) V. Voët sur le titre *de judiciis*, ff., n° 38.

(2) Pour la signification de ces mots *cause en état*, voir art. 344 du code de proc., et mes explications dans le chapitre qui suit.

qui se présente avant que l'affaire ne soit disposée à recevoir une solution définitive, peut donc arrêter la marche de la procédure pour le besoin de son intervention. — Je ne crois pas cependant que cette conséquence résulte de l'esprit de la loi. A mon avis, le législateur ne s'est nullement préoccupé de l'époque à laquelle est formée l'intervention; à quelque moment qu'elle survienne, pourvu que l'office des parties ne soit pas terminé pour faire place au ministère du juge (1), elle est toujours recevable, mais à la condition de subir le mouvement imprimé à l'instruction du procès; de marcher du même pas, si cette instruction n'est pas complète; et de pouvoir être immédiatement soumise au juge, si au moment où elle se produit elle trouve la cause principale déjà en état. La loi ne dit pas en effet que dans ce cas l'intervention ne sera pas reçue, mais qu'elle ne pourra être un motif de retard; sauf, bien entendu, la faculté qu'auraient les autres parties de solliciter, si elles le jugeaient convenable, un délai suffisant pour répondre. Abr.

Le même principe se trouvait consacré

(1) V. *suprà*, p. 35 et suiv.

ART. par l'ordonnance de 1667; elle voulait « que l'intervention fût plaidée et jugée contradictoirement ou par défaut *sur la première assignation*, » c'est-à-dire sur la première sommation d'audience. « De là cette maxime, dit Rodier, que tout intervenant doit venir prêt; de sorte que le jour même que l'intervenant a donné sa requête, on peut le sommer d'en venir à l'audience la plus prochaine, fût-elle le lendemain, pour plaider son intervention, et il faudrait des raisons bien puissantes pour qu'il obtînt le renvoi à un autre jour (1). » — Mais on n'en tirait pas la conséquence que le procès arrivé à une certaine période, l'intervention ne fût plus recevable, lorsque d'ailleurs elle n'avait pas pour objet une évocation: « La pratique est telle, que *jusques à sentence définitive* du procès entre le demandeur et le défendeur, si un tiers intervient, sa cause doit être jointe, conduite et

(1) Sur l'ordonnance de 1667, tit. 11, art. 28, question 1. — Remarquez que la maxime *qu'un intervenant doit être prêt*, s'appliquait non-seulement au cas où l'on plaidait pour faire recevoir l'intervention, mais encore au cas où l'on plaidait sur les moyens du fond. C'est l'observation de Jousse sur le même article, n° 1.

jugée avec celle qui est encore pendante (1). » Art.
Ces paroles de Bornier, et celles de Rodier que j'ai citées, me paraissent le meilleur commentaire de l'article 340.

L'application de ces principes a soulevé des difficultés dans la pratique. — Ainsi, l'intervenant pourrait-il demander au tribunal une enquête ou tout autre mode d'instruction à l'appui de son intervention ? Cela n'est pas douteux, lorsque l'intervention a lieu avant qu'un premier jugement interlocutoire ait été prononcé; il n'y a pas, dans ce cas, retard de la décision à rendre; seulement les juges, au lieu de formuler un jugement définitif entre les parties, les admettront à faire une preuve ou une vérification qu'ils pourraient même ordonner d'office. L'intervenant est partie au procès, et lorsqu'il trouve les choses entières, il doit jouir des mêmes priviléges que les parties principales.

Mais la solution est plus difficile lorsque l'intervenant se présente après des enquêtes déjà faites, et sollicite lui-même une enquête nouvelle sur des faits de nature à justifier ses droits. La doctrine est à peu près unanime pour lui

(1) Bornier, sur l'ordonnance de 1667, titre 11, art. 28.

ART. refuser ce droit, lorsque l'intervention est simplement conservatoire, c'est-à-dire lorsqu'elle vient s'unir soit à la demande, soit à la défense, et ne repose pas sur un intérêt distinct (1). Pour refuser alors une enquête nouvelle, il n'est même pas nécessaire d'invoquer le principe de l'article 340. Les dispositions du code, au titre des enquêtes, seraient un obstacle suffisant : une semblable faculté accordée à l'intervenant présenterait un moyen trop facile d'en éluder les rigueurs. L'enquête une fois terminée, il n'est pas permis aux parties d'en recommencer une autre. Une prorogation ne pourrait même être accordée qu'autant qu'elle aurait été sollicitée dans le délai
279. fixé pour la confection de l'enquête. Les précautions de la loi contre les dangers de la preuve testimoniale, ses avares concessions dans la détermination des délais, tout cela deviendrait inutile, s'il était permis à un intervenant dont les intérêts se confondent avec ceux de la partie principale, de venir,

(1) V. Bornier, *ibid.*; Carré, Lois de la procédure, question 1274; Berriat-St-Prix, tom. 1, p. 360, note 14. — V. aussi arrêt de Riom du 7 mai 1825; Dalloz, 26, 2, 146.

après l'enquête achevée, poser de nouveaux faits, et d'amener de nouveaux témoins pour le triomphe des mêmes droits. ART.

Mais doit-on adopter la même solution lorsque l'intervention est agressive, et qu'un tiers se présente dans l'instance, *ad removendum agentem et defendentem* ? Il y avait autrefois controverse sur ce point. Un ancien auteur (1) avait proposé d'admettre, dans ce cas, l'intervenant à faire entendre de nouveaux témoins, tandis qu'il lui refusait ce droit lorsque l'intervention n'avait pour objet que d'assister en l'instance. Bornier (2) admettait cette distinction, et plusieurs jurisconsultes modernes l'ont adoptée à son exemple (3). Il me

(1) Covarruvias, *Practic. quæst.*, *cap.* 13.

(2) Sur l'ordonn. de 1667, tit. 11, art. 28. — M. Berriat-St-Prix, tom. 1, pag. 360, note 14, cite Rodier comme soutenant l'opinion contraire; mais cette citation n'est pas exacte. Rodier ne s'occupe que du cas où l'intervenant a le même intérêt que la partie qui a fait l'enquête principale. Voy. ses Questions sur l'ordonnance, titre 22, art. 36, quest. 5.

(3) Voyez notamment MM. Berriat-St-Prix, t. 1, p. 360, note 14; Carré et Chauveau, *Lois de la procéd.*, quest. 1274, et Favard de Langlade, tom. 3, pag. 120, n° 4.

Art. semble cependant que cette opinion est difficile à concilier avec la disposition de l'art. 340. On a vu que cet article doit s'interpréter en ce sens, que l'intervenant est obligé de prendre la cause en l'état où elle se trouve. L'enquête terminée, l'instruction a franchi la distance qui restait à parcourir pour arriver au jugement. Ce serait la faire rétrograder que de permettre à une partie qui se présente à cette période de l'instance, de différer la solution définitive pour procéder à une instruction nouvelle. Bornier et les auteurs qui l'ont suivi n'ont pas fait attention au motif sur lequel repose l'opinion de Covarruvias, à qui leur solution est empruntée; cet auteur tenait que dans le cas où l'intervenant soutient contre les deux parties un droit qu'il prétend avoir de son chef, sa cause devait être traitée séparément et décidée par un jugement distinct (1). Son opinion se trouve ainsi justifiée; tandis que d'après la législation actuelle, comme sous l'empire de l'ordonnance, c'est un autre principe qui domine (2). — On suit la disposition

(1) Covarruvias, *Practic. quæst., cap.* 14.

(2) Voyez Bornier et les autres commentateurs de l'ordonn. de 1667, tit. 11, art. 28.

du droit canonique, qui voulait que la cause de l'intervenant fût jointe dans tous les cas à la cause principale et jugée avec elle (1); règle dont l'application me paraît être de l'essence même de l'intervention, qui n'a d'importance que comme *moyen préventif*. Art.

Aussi, dans le cas où la cause originaire est instruite, tandis que l'intervention nécessiterait des délais, je ne croirais pas que les juges pussent réserver celle-ci pour y être fait droit après le jugement du principal, marche que j'ai indiquée pour la reconvention (2). L'intervention ayant manqué son but, doit être définitivement écartée. Les juges devraient donc renvoyer l'intervenant dont la demande ne serait pas en état, à se pourvoir séparément par action principale; car on conçoit d'ailleurs qu'en lui refusant les moyens de justifier son droit, il y aurait injustice à le déclarer déchu et à lui faire subir un préjudice irréparable par une décision sur le fond.

Sous ce rapport il existe une différence importante entre l'intervention volontaire et l'in-

(1) *X. Decret. Greg. De testib. et attest., cap.* 58.
(2) Voyez *suprà*, p. 77.

Art. tervention forcée; on doit suivre pour cette dernière les mêmes principes qu'en matière de reconvention. Dans l'une et l'autre hypothèse, le juge prononce séparément sur la demande principale, lorsqu'elle est seule en état; mais il ne fait que disjoindre la demande reconventionnelle ou en intervention forcée (1), pour y faire droit après la décision sur le principal. Au contraire, lorsque l'intervention volontaire ne peut être jugée en même temps que l'action principale, ce n'est pas un simple sursis, c'est un renvoi qu'il prononce. C'est que la reconvention, de même que l'intervention forcée, peut recevoir du juge une solution favorable ou contraire, sans que la présomption de vérité qui s'attache au premier jugement en éprouve aucune atteinte; la décision de ce dernier épisode du procès n'aura d'influence possible que sur l'exécution du jugement déjà rendu. S'agit-il, au contraire, d'une intervention volontaire? — si elle est simplement conservatoire, le jugement sur la demande principale est opposable

(1) Par exemple, lorsqu'il s'agit d'une demande en garantie qui ne serait pas en état d'être jugée en même temps que la demande originaire. (Voyez cod. de proc., art. 184.)

à l'intervenant; il ne reste donc qu'à le renvoyer à se pourvoir par tierce opposition, dans le cas où elle lui serait permise. — L'intervention est-elle agressive? les juges ne peuvent la réserver pour y faire droit séparément, car leur sentence rendue sur les prétentions du demandeur et du défendeur originaires a clos définitivement le procès; et l'on ne pourrait admettre une prolongation de l'instance pour faire droit sur l'intervention, qu'en soumettant les juges à l'obligation de prononcer dans le cours de la même instance deux sentences contradictoires. Ils renverront donc l'intervenant à se pourvoir par action principale, sauf à lui le droit de décliner l'autorité du jugement, puisque sa tardive intervention ne lui a pas conféré la qualité de partie dans l'instance.

Si maintenant on suppose résolues en faveur de l'intervenant les questions relatives à sa qualité pour intervenir, à la forme et à l'opportunité de l'intervention, il ne reste plus qu'à rechercher les conséquences qu'elle doit produire à son égard. L'intervenant devient alors partie au procès; de sorte qu'il ne pourra ni décliner l'autorité du jugement, ni l'attaquer par voie de tierce opposition; les

Art. seules voies ouvertes pour lui sont les voies de recours qui appartiennent aux autres parties, celles de l'opposition (1), de l'appel, de la requête civile, ou du pourvoi en cassation. Sous ce rapport, l'intervention est assimilée à la demande ou à la défense principale.

Mais il est un autre point de vue sous lequel la position de certains intervenants peut être considérée comme exceptionnelle. On sait que toute partie qui succombe doit être condamnée aux dépens, c'est-à-dire non-seulement à supporter ceux qu'elle a faits, mais encore à
130. rendre l'autre partie indemne des frais que celle-ci a dû avancer. Cette règle ne s'applique, en matière d'intervention, que sous le bénéfice d'une distinction dont le germe se trouve dans la loi.

Il faut revenir encore à cette différence fondamentale entre l'intervention agressive et l'intervention conservatoire. Celui qui intervient pour faire valoir un droit de son chef se trouve dans la position d'un demandeur or-

(1) L'intervenant ne peut être défaillant que faute de conclure ou de plaider, puisqu'il a dû constituer avoué par sa requête d'intervention.

dinaire, puisque ses intérêts n'avaient pas de représentant dans l'instance; et s'il parvient à les faire triompher, il doit obtenir les dépens contre la partie qui succombe. Art.

La position du plaideur qui intervient conservatoirement ne participe pas au même privilége ; ses intérêts ont déjà dans le procès un représentant légitime : la partie à laquelle l'intervenant vient en aide. Il ne faut pas perdre de vue que c'est une sorte de faveur dont se prévaut alors l'intervenant, une satisfaction donnée à l'ombrageuse susceptibilité d'un intéressé qui veut lui-même veiller à la conservation de ses droits. Mais cette satisfaction ne pouvait lui être accordée qu'à une condition : c'est que sa présence au procès ne donnerait pas lieu à une augmentation de frais au préjudice des parties principales, de même qu'elle ne devait pas être une cause de lenteurs et d'obstacles.

Celui qui n'intervient que pour la conservation de ses droits confondus avec les droits de l'une ou de l'autre des parties, doit supporter les frais que nécessite son intervention : ce principe est expressément consacré par l'article 882 du code civil, pour le cas de partage ; et il faut l'entendre en ce sens, que

Art. non-seulement les frais des actes qu'il signifie sont à sa charge, mais qu'il doit supporter encore les frais des significations qui lui sont faites (1). Son obligation à cet égard reste toujours la même, soit que la partie dont l'intérêt s'identifie avec le sien obtienne gain de cause, ou qu'au contraire elle succombe ; dans le premier cas, il ne doit pas être déchargé des frais occasionnés par son intervention ; dans le second cas, il ne doit supporter rien au delà.

Ce serait une erreur de croire que la disposition de l'article 882 soit spéciale au cas de partage; c'est l'application à un cas particulier d'un principe général, bien qu'on ne le trouve pas répété dans les différents textes où la loi s'explique sur l'intervention conservatoire (2). Certes, si l'intervention des créanciers devait jouir de quelque faveur, c'était en matière de partage, puisque la loi leur impose en quelque sorte l'obligation d'intervenir, en leur refusant, s'ils avaient négligé de se présenter dans l'instance, tout autre moyen d'attaque contre le

(1) Voyez dans ce sens un arrêt de la cour de cassation du 27 août 1838 ; Dalloz, 38-1-358.

(2) Voyez code civil, art. 618, 1447, et cod. de proc., art. 871.

partage consommé (1). Il y a donc une raison plus puissante encore pour appliquer la même règle dans les autres cas où la nécessité d'intervenir ne serait pas aussi évidemment démontrée. — L'ancienne jurisprudence était conforme à cette interprétation (2). Art.

Cependant une exception doit être admise, lorsque l'ayant cause qui intervient volontairement ne se présente pas seulement pour surveiller ses intérêts, mais pour prendre *le fait et cause* d'une partie principale : cette hypothèse peut se réaliser en cas d'intervention 182.
d'un garant formel. L'intervenant alors accepte pour son propre compte les conséquences de la lutte ; il écarte la partie principale qu'il est venu mettre à couvert, et prend la place qu'elle occupait dans l'instance (3). Aussi l'intervenant devra-t-il obtenir les dépens contre la partie vis-à-vis de laquelle il s'est posé, en admettant qu'elle succombe, de même que tous les frais de l'instance devront être à sa charge, si c'est lui qui est vaincu. Il profite des avan-

(1) V. *suprà*, p. 119 et suiv.

(2) Voyez arrêt du grand conseil du 2 janvier 1708, rapporté par Brillon, v° *intervention.*

(3) Voyez tome 3, pag. 376.

ART. tages et subit les inconvénients du rôle principal qu'il s'est donné.

On conçoit d'ailleurs que notre règle ne s'applique jamais au cas d'intervention forcée. Celui qui est appelé dans une instance déjà pendante n'est qu'un défendeur ordinaire soumis au principe général de l'article 130 du code de procédure.

J'ai passé en revue les différentes questions que peuvent soulever les dispositions du code sur les incidents. Cependant, quelle que soit l'étendue des développements que cette matière a rendus nécessaires, nous aurons encore plus d'une fois à nous occuper de la forme particulière que comportent les incidents devant des juridictions exceptionnelles, — des conditions auxquelles leur admissibilité se trouve soumise lorsqu'ils se produisent au second degré de juridiction, — et de l'influence qu'ils peuvent exercer sur le premier ou le dernier ressort (1). Je ne les ai envisagés jusqu'à présent que dans

(1) Ces questions trouveront leur place dans les chapitres destinés à traiter *de la justice de paix*, *de la procédure devant les tribunaux de commerce*, *des arbitrages*, *de l'appel*, etc.

leur essence et dans leur marche régulière devant les tribunaux civils de première instance, me réservant d'examiner plus tard les modifications qu'éprouvent ces principes sous l'empire de circonstances particulières. Art.

---

## CHAPITRE XXIII.

### DES REPRISES D'INSTANCES ET CONSTITUTION DE NOUVEL AVOUÉ.

(Liv. 2, tit. 17, art. 342-351 du cod. de proc.)

Art. L'instance se compose d'une série d'actes ayant pour objet d'éclairer le juge par un débat contradictoire; elle se termine par le jugement. Mais ces différents actes qui constituent la procédure judiciaire ne se produisent que successivement, à l'expiration de certains délais accordés au plaideur pour calculer sa défense ou préparer ses réponses. Les délais forment une des garanties les plus importantes contre la déloyauté d'un plaideur ou la faillibilité du juge.

La durée de l'instance comporte donc un laps de temps qui sépare l'époque où elle s'engage, du moment où elle se termine; dès lors on peut supposer certains événements survenant dans l'intervalle, et dont l'effet sera d'anéantir l'instance commencée ou d'en suspendre la marche.

Lorsque la procédure est seulement suspendue, il faut pour faire disparaître l'obstacle qui s'oppose à ce qu'elle suive son cours, recourir aux moyens que la loi indique sous le titre de *reprise d'instance* ou *constitution de nouvel avoué*. ART.

La procédure est quelquefois anéantie, avant que le jugement ne soit venu la clore. Tel est l'effet produit par le *désaveu*, la *péremption* et le *désistement*.

Quelquefois aussi des circonstances particulières rendent nécessaire un renvoi devant d'autres juges, par exception aux règles ordinaires de la compétence, ou amènent un changement dans la composition du tribunal. Ces hypothèses diverses donnent lieu à *un règlement de juges*, à *un renvoi pour parenté ou alliance*, ou à *une récusation*.

Tous ces événements qui surviennent fortuitement dans le cours du procès, ou que le procès lui-même a fait naître, devaient éveiller les prévisions du législateur. Mais quel caractère faut-il reconnaître à ces faits particuliers dont l'influence impose à la marche du procès une direction exceptionnelle et irrégulière?

Si l'on veut les définir dans leur essence, et traduire par un mot l'idée que leur présence

Art. fait naître, je dirai que ce sont *des accidents* du procès; et par là je les distingue des diverses classes d'incidents qui se rattachent naturellement à l'instance, soit qu'ils aient le caractère d'exceptions, ou qu'ils tendent à l'instruction du procès, ou qu'ils aient pour effet d'en agrandir les proportions.

Ce sont des faits accidentels, parce qu'ils ont en eux quelque chose d'imprévu qui ne peut subir le joug des principes ordinaires; parce que les uns sont complétement indépendants de la volonté des parties, et que les autres, bien qu'on puisse les considérer comme l'œuvre de la volonté du plaideur, donnent à l'instance une sorte de dénoûment anomal, et la terminent prématurément, quelquefois même sans l'intervention du juge.

Dans l'examen de ces hypothèses diverses, je suivrai l'ordre tracé par notre code, et j'ai par conséquent à m'expliquer d'abord sur les principes qui régissent LES REPRISES D'INSTANCE ET LES CONSTITUTIONS DE NOUVEL AVOUÉ.

Ce n'est pas seulement un droit pour le plaideur, c'est une obligation imposée par la loi, d'employer le ministère d'un représentant,

lorsque le procès s'agite devant les tribunaux ordinaires. C'est là comme une consécration matérielle du principe fondamental de l'égalité devant la justice. Il semble que la position des plaideurs présente une parité plus saisissante, lorsque la personne s'efface derrière la toge de l'officier ministériel; et que le juge soit mieux averti de puiser ses inspirations dans la seule appréciation du droit, lorsque les prétentions réciproques des parties arrivent à lui par l'organe d'un représentant en qui viennent s'amortir ou disparaître les passions individuelles et les nuances sociales. ART.

Le mandat conféré à l'avoué ne prend ordinairement fin que lorsque l'affaire pour laquelle il a été donné se trouve terminée, c'est-à-dire lorsque l'instance est close et le jugement signifié (1). Tout mandat, en général, finit en même temps que l'affaire qui en était l'objet. — Mais il peut cesser avant que le mandataire ait accompli toutes les obligations qui lui étaient imposées; alors le mandat

(1) L'avoué continue de représenter la partie, même après la prononciation du jugement, soit pour ce qui concerne la rédaction ou le règlement des qualités, soit pour recevoir la signification du jugement. C. de pr., art. 142, 144, 145 et 147. V. aussi art. 492 et 1038.

ART. n'est pas *terminé*, il est plutôt *éteint : extinctum est mandatum* (1). Pothier indiquait comme produisant cette extinction : — la mort du mandataire, — la mort du mandant, ou son changement d'état, — la révocation du mandat, ou la cessation des pouvoirs en vertu desquels il avait été conféré, — enfin la répudiation du mandat par le mandataire (2). Le code civil ne précise comme causes d'extinction, que la révocation du mandataire; — la renonciation de celui-ci au mandat; — la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture soit du mandant, soit du mandataire (3). Ainsi le code ne met pas au nombre des manières dont finit le mandat, le changement d'état du mandant, sauf le cas d'interdiction; cependant il n'est pas douteux que le mandat donné par une femme cesse lorsqu'elle vient à passer sous la puissance d'un mari (4). Le code ne parle pas non plus de la cessation des pouvoirs en vertu desquels le mandat a été conféré; cependant tout

(1) L. 12, § 16, ff. *mandati*.

(2) Traité du contrat de mandat, chap. 4.

(3) Code civil, art. 2003.

(4) V. Pothier, Traité du mandat, chap. 4, § 3, et M. Duranton, tome 18, n° 291.

le monde est d'accord que le mandat donné par **Art.**
le tuteur cesse à l'expiration de la tutelle (1).

En ce qui concerne le mandat ordinaire, ce sont donc les anciens principes qui nous régissent encore. C'est pourtant une chose remarquable, que ce silence gardé sur ces deux sortes de causes qui mettent fin au mandat, si l'on veut comparer les dispositions du code de procédure et la restriction du texte de notre code civil.

Les pouvoirs de l'avoué cessent en effet, —
par la mort naturelle ou civile (2) de la partie 344.
qu'il représente, — par le décès de l'avoué lui-
même, ou lorsqu'il perd le droit d'exercer son
ministère. On sait d'ailleurs que la révocation
ne détruit complétement le mandat de l'avoué 75.
que lorsqu'il a été remplacé (3). Quant à la renonciation émanée de l'avoué, elle n'a pas d'autres effets que la révocation; le mandat est

(1) V. Pothier, *ib.*, § 4, et M. Duranton, t. 18, n° 289.

(2) Dans le projet du code de procédure, l'art. 344 portait : *toutes procédures faites postérieurement à la signification* DE L'ACTE DE DÉCÈS, etc. La section du tribunat fit substituer à ces mots ceux-ci : *postérieurement à la notification* DE LA MORT ; « afin, disait la section, d'employer une locution qui comprenne les deux cas *de mort naturelle* et *de mort civile*. »

(3) V. tome 2, p. 268.

Art. fini dans les rapports de l'avoué avec sa partie, mais il continue relativement à la partie adverse jusqu'au moment où lui aura été notifiée la constitution d'un nouvel avoué. Une renonciation concertée donnerait un moyen trop facile d'arrêter la marche du procès (1).

Mais ni le changement d'état des parties, ni
345. la cessation des fonctions en vertu desquelles les plaideurs procédaient, ne mettent fin aux pouvoirs de l'avoué, quoique ces événements soient indépendants de la volonté des parties (2). Ici la loi ne se borne pas à garder ce silence qui laisse ouvert un libre champ aux interprétations de la doctrine; c'est un texte exprès qui maintient la continuation du mandat dans les deux hypothèses prévues.

L'ancienne jurisprudence n'admettait pas cette différence entre le mandat ordinaire et le mandat *ad lites*. A la vérité, l'ordonnance de 1667 ne mentionnait, comme terme de celui-ci, que la mort des parties ou de leur procureur (3); mais la doctrine et les arrêts

(1) V. t. 3, p. 110 et suiv.

(2) Cependant ces événements, bien qu'en principe ils ne donnent pas lieu à la reprise d'instance, produisent certains effets lorsqu'ils surviennent avant que le défendeur ait constitué avoué. V. *infrà* p. 200.

(3) Ordonnance de 1667, tit. 26, art. 1 et 2.

avaient suppléé au silence de l'ordonnance, et comme elle n'avait pas expressément déclaré que le changement d'état ou la cessation des pouvoirs du mandant ne produiraient pas le même résultat, on tenait que les principes ordinaires du mandat devaient recevoir leur application et amener dans ce cas une extinction forcée des pouvoirs du procureur (1). Art

Pourquoi les rédacteurs du code ont-ils proscrit cette interprétation ? Pourquoi le mandat de l'avoué se trouve-t-il maintenu même depuis la survenance de ces faits qui mettraient fin à un mandat ordinaire?

Cette différence tient à la nature particulière du mandat *ad lites*. S'agit-il, en effet, d'un mandat ordinaire, on suppose facilement, en cas de changement d'état de la personne intéressée, qu'elle veut elle-même gérer ses affaires lorsque sa capacité nouvelle le lui permet; ou que, si par le changement d'état elle devient incapable, son représentant légal agira par lui-même, sans l'intermédiaire du mandataire antérieurement constitué. Il faut donc

(1) V. Rodier sur l'ordonnance de 1667, tit. 26, art. 2, quest. 2; et Pothier, Traité de la procédure civile, part. 1, chap. 4, sect. 2. — V. arrêt rapporté par Louet, lettre C, chap. 27.

ART. qu'une volonté nouvelle soit manifestée pour que le mandataire conserve ses pouvoirs. — S'agit-il, au contraire, du mandat *ad lites*, le ministère d'un représentant est forcé, et la personne intéressée ne pourrait par elle-même agir devant le tribunal; le mandat ne prendrait fin que pour être remplacé par un autre mandat conféré à un nouvel avoué. Aussi la loi ne présume-t-elle pas cette volonté de substituer un avoué à un autre; elle suppose, au contraire, une persistante confiance, à défaut de révocation expresse.

Mais le mandat *ad lites* tombe par la force même des choses, lorsque le mandataire perd la qualité qui lui permettait de représenter la partie. C'est ce qui a lieu en cas de démission, d'interdiction ou de destitution de l'avoué constitué (1). Le décès de l'avoué produirait les

(1) *La démission* suppose l'abandon volontaire de la charge.— *L'interdiction* est la privation temporaire de *l'exercice* de ses fonctions, infligée à l'officier ministériel comme peine disciplinaire.—V. les art. 9 et 10 de l'arrêté du 13 frimaire an IX, le décret du 30 mars 1808, art. 102, et les art. 107, 132, 360, etc., du code de proc.—*La destitution* est une peine qui consiste dans la privation de la charge et des fonctions qui y sont attachées; v. articles 103 et 104 du décret du 30 mars 1808.—Un point

mêmes effets en laissant la partie sans repré- **Art.**
sentant.

La mort de l'une des parties met également fin au mandat de l'avoué qui occupait pour elle; ici le droit commun reprend son empire : *Mort n'a point de porteur de lettres*, disait un de nos vieux auteurs (1). Les héritiers peuvent ignorer l'existence du procès dans lequel figurait le défunt, et leur silence ne doit pas dès lors s'interpréter dans le sens d'une confirmation des pouvoirs qu'il avait conférés.

Toutefois cette hypothèse diffère essentiellement de l'hypothèse précédente. La mort de l'une des parties n'interrompt la procédure qu'autant qu'elle a été notifiée aux avoués des
autres parties en cause; l'ignorance présumée 344
où elles se trouvent de l'événement qui met fin aux pouvoirs de l'avoué, légitime la continuation des poursuites, soit de leur part, soit de la part de l'avoué qui occupait pour la partie dont la mort naturelle ou civile est survenue

essentiel à noter, c'est que, les arrêtés disciplinaires des tribunaux ne devenant exécutoires que par l'approbation du ministre de la justice, la cessation des fonctions n'a lieu qu'à partir de la notification de l'arrêté approbatif du ministre.

(1) Décisions de messire Jean Desmares, 164 et 378.

ART. dans le cours de l'instance (1). — D'anciens auteurs proposaient cependant à cet égard une distinction qui ne doit pas être admise. Sallé, dans son Commentaire sur l'ordonnance de 1667 (2), voulait que les actes faits par le procureur de la partie décédée fussent considérés comme nuls, même lorsqu'il aurait agi dans l'ignorance du décès; tandis qu'il reconnaissait la validité des actes faits par les procureurs des autres parties, lorsque le décès ne leur avait pas été notifié. Mais cette distinction était généralement rejetée. Rodier fait remarquer qu'elle ne résulte pas de l'ordonnance; il va même plus loin, car, supposant que le procureur a connu le décès de sa partie et continué les poursuites, il décide que la procédure n'en sera pas moins valable à l'égard des autres parties. Les héritiers du décédé n'auraient, suivant lui, que le droit de réclamer des dommages et intérêts contre le procureur convaincu d'avoir frauduleusement continué la procédure, malgré la connaissance acquise du décès de son client (3).

(1) V. Cod. civ., art. 2008.
(2) Sur les art. 3 et 4 du titre 26.
(3) Questions sur l'ord. de 1667, tit. 26, art. 5, quest. 1.

Mais, lorsque le mandat prend fin par la mort de l'avoué ou par la cessation définitive ou momentanée de ses fonctions, la procédure se trouve subitement interrompue, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une notification. A quoi bon faire connaître aux avoués un fait que leurs habitudes à l'audience ne leur permettent pas d'ignorer, et que leur apprendraient au besoin tous les échos du palais? La notoriété d'un événement de cette nature peut se passer d'une constatation légale. D'ailleurs quel serait l'intermédiaire chargé de cette officieuse communication, puisque la partie n'a plus de représentant dans l'instance? — L'interruption des poursuites a donc lieu *ipso facto*, dès que tous les intérêts ne sont plus couverts par une égale protection. ART.

Ainsi notre procédure nouvelle n'admet que deux causes suspensives de l'instance : — l'une résultant de la mort naturelle ou civile de la partie, pourvu que la notification en ait été faite par acte d'avoué à avoué ; — l'autre produite par le décès de l'avoué ou la cessation de ses fonctions, sans qu'il soit nécessaire d'en donner connaissance aux parties intéressées.

Il arrive cependant une époque de l'in-

Art. stance où ces événements peuvent survenir sans que leur influence arrête la marche du procès. Ce cas se présente lorsque l'*affaire est*
342. *en état*, c'est-à-dire lorsque les conclusions ont
343. été contradictoirement prises à l'audience; et, s'il s'agit d'une affaire soumise à l'instruction par écrit, lorsque cette instruction est complète, ou que les délais pour les productions et les réponses sont expirés. A partir de ce moment, ni la mort des parties, ni les décès, démission, interdiction ou destitution de l'avoué, ne peuvent différer le jugement; à plus forte raison, le changement d'état des parties, ou la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient, ne le différeraient pas davantage, puisque ces faits, survenant même avant que l'affaire ne fût en état, n'interrompraient pas les procédures (1).

Du reste, il faut bien se garder de prendre

(1) Aussi peut-on considérer comme inutile la disposition de l'art. 342 en ce qui concerne *le changement d'état des parties* et *la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient*. Cette disposition ne se trouvait pas dans le projet primitif; elle fut ajoutée sur la demande de la section du tribunat, qui « a cru nécessaire d'exprimer cette idée, encore qu'on pût l'induire de l'article 345. »

comme l'expression d'un principe général la définition donnée par le législateur de ce qu'il entend par *une affaire en état.* Cette définition n'est applicable que lorsqu'il s'agit d'apprécier le moment où la marche de l'instance ne peut plus être arrêtée. Mais ce serait une erreur de croire qu'une fois la plaidoirie *réputée commencée* par la lecture des conclusions à l'audience, l'instance soit, dans tous les cas, empreinte d'un type immuable, et que chaque plaideur ait prononcé son dernier mot. On a déjà vu que jusqu'au moment où l'organe du ministère public donne ses conclusions, ou bien jusqu'à ce que le juge délibère ou déclare qu'il en sera délibéré, les parties peuvent encore modifier leurs prétentions primitives. D'un autre côté, la loi emploie souvent ces mots *cause en état*, pour exprimer que l'affaire est arrivée à un degré d'instruction suffisant pour recevoir une décision ; sous ce point de vue, la cause pourrait n'être pas en état, bien que les conclusions eussent été prises. C'est en ce sens que doivent être interprétés les art. 134 et 288 du code de procédure; c'est aussi dans ce sens que j'ai entendu l'article 340, relatif au droit d'intervenir.

La disposition qui répute l'affaire en état

ART. lorsque les conclusions ont été contradictoirement prises, est donc spéciale à la matière dont je m'occupe; il est même à remarquer que c'est là une innovation de nos modernes législateurs. D'après l'ancienne jurisprudence, on tenait également « que si le procès a esté conclud, ou bien mis en estat de juger, encores qu'avant que le procès soit jugé l'une des parties décède, il n'est pas besoin faire appeler ses héritiers, et est l'arrest qui intervient par après, bon et valable (1). » Mais une cause d'audience n'était réputée en état « que si, les plaidoiries étant faites et consommées, on avait renvoyé à délibérer sur le bureau, vu les pièces, parce qu'alors il n'y a plus rien à attendre du ministère des parties, des procureurs ou des avocats, mais seulement du ministère des juges (2). » Aussi arrivait-il fort rarement qu'une cause se trouvât en état au moment où survenait quelque fait de nature à en arrêter la marche; presque toujours il y avait dans ce cas une interruption de l'instance.

(1) Fontanon sur Mazuer, *Des défaux et contumaces*, tit. 5, nº 10 *in fine*.—V. aussi l'ord. de 1539, art. 90.

(2) Rodier sur l'ordonn. de 1667, tit. 26, art. 1, quest. 2.

On comprend facilement le motif de la disposition nouvelle de notre code. Le législateur a cru devoir restreindre le plus possible les hypothèses dans lesquelles le cours de l'instance se trouve entravé. Un grand nombre de textes ne s'expliquent que par la crainte traditionnelle de ces procédures sans issue que se transmettaient les générations. — Mais, à part ce haut intérêt de terminer promptement les procès, il faut reconnaître que les anciens principes étaient bien plus rationnels. ART.

La jurisprudence antérieure au code avait son point d'appui dans la législation romaine : *Paulus respondit eum qui in rebus humanis non fuit sententiæ dictæ tempore, inefficaciter condemnatum videri* (1). A la vérité, lorsque la partie était représentée par un *procurator*, le décès du constituant ne mettait pas obstacle à la continuation des poursuites et à la prononciation du jugement : *Nulla dubitatio est post causam in judicio agitatam, utpotè dominum litis procuratorem effectum, etiam post excessum ejus qui agendam vel defendendam litem mandaverat, posse inchoatam causam, jurgiumque*

(1) L. 2, ff. *Quæ sentent. sine appell. rescind.*

ART. *finire* (1); mais cela tenait aux effets produits par la constitution du *procurator*, qui devenait partie au procès, *dominus litis,* dès que la litiscontestation avait eu lieu. C'est en son nom qu'était prononcée la sentence, et c'est à lui qu'appartenait l'action *judicati,* ou contre lui qu'elle était donnée. Si, au contraire, cette transmission des droits du représenté au représentant n'avait pu être opérée; si, par exemple, le représenté décédait avant la litiscontestation, et par conséquent avant que la novation eût été produite (2), l'instance se trouvait anéantie : *Respondi judicium quod jàm mortuo debitore per defensorem ejus accipitur, nullum esse* (3). C'était toujours l'application rigoureuse

(1) L. 23, Cod. *de procuratoribus.*

(2) Cependant, si la partie, décédée avant la litiscontestation, avait promis de payer le jugé, *judicatum solvi*, pour le *procurator* qu'elle avait constitué, et que cette stipulation fût intervenue sans contradiction de la part de celui-ci, il pouvait être forcé de procéder devant le juge, *judicium accipere.* L. 15 pr., ff. *de procurat. et defensoribus.*

(3) L. 74, § 2, ff. *de judiciis.* — On appelait spécialement *defensor* le *procurator* du défendeur, *reus.* Le *defensor* pouvait se présenter sans mandat : *Defendere quis sive libertus, sive extraneus sit, sine mandato potest* (L. 12, Cod. *de procurat.*); pourvu cependant qu'il fournît la caution *judicatum solvi.* — Cette circonstance,

du principe qui consacrait la nullité de la sentence, si l'une des parties n'existait plus au moment de la prononciation, *sententiœ dictœ tempore*. Art.

L'ordonnance de 1539, en adoptant cette règle, l'avait pourtant soumise à une modification. Sans se préoccuper du fait matériel de la prononciation, elle faisait rétroagir fictivement la sentence jusqu'au jour où le ministère du juge avait commencé. L'ancienne jurisprudence ne reconnaissait donc aucune influence aux faits qui, en général, suspendent la procédure, s'ils n'étaient déjà survenus et n'avaient été légalement constatés avant cette époque. Mais, tant que les droits du plaideur n'étaient pas complétement épuisés, les événements de nature à lui enlever une garantie, ou à rompre l'équilibre entre les intérêts de la demande et ceux de la défense, imposaient aux parties un armistice.

Le système de notre code ne présente pas les mêmes garanties. Les conclusions ont été prises au moment où survient le décès de l'une des parties. Sans doute le ministère de l'avoué

que le *defensor* n'est pas toujours un mandataire, expliquerait encore pourquoi le *judicium* est nul lorsqu'il a été accepté par lui *jàm mortuo debitore*.

ART. peut être considéré comme accompli en ce qui concerne l'instruction de la cause; mais la plaidoirie n'a pas encore été entendue. L'avocat n'a-t-il pas sa tâche à remplir? Il ne pourra plus cependant s'inspirer des communications de son client, et son zèle s'animera-t-il pour des intérêts qui n'ont pas une visible personnification? Protectrice du droit et non plus de la personne, sa parole ne sera que l'écho affaibli d'une voix que la mort vient d'éteindre.

Cet inconvénient n'est pas le seul; et la disposition de l'article 343 conduit à d'autres conséquences. Que deviendra le droit accordé aux parties de prendre des conclusions nouvelles? Il pourra sans doute être exercé par la partie, tant que la mort de son adversaire ne lui aura pas été notifiée; mais supposez que cette notification ait eu lieu après les premières conclusions contradictoirement prises, le droit de les modifier lui sera enlevé en vertu de ce principe, qui répute commencé le ministère du juge, par cela seul que la lecture des conclusions a précédé la notification du décès. Le même obstacle empêcherait que les parties ne pussent former des demandes nouvelles, lorsque la cessation des fonctions d'un avoué, sur-

viendrait depuis qu'il a conclu pour sa partie (1). Art.

D'après notre législation nouvelle, il n'y a donc lieu d'examiner les conséquences des événements qui frappent la procédure d'une immobilité accidentelle, qu'en les supposant survenus ou notifiés avant les conclusions prises à l'audience. Alors toutes poursuites faites pos- 344.
térieurement à cette cause légale d'interruption, toutes procédures signifiées, tous jugements obtenus, seront nuls tant que la position des intéressés n'aura pas été régularisée par *la reprise d'instance* ou *la constitution d'un nouvel avoué*. — Cette nullité ne pourrait d'ailleurs être invoquée que par celui dont les intérêts n'auraient pas eu de représentant dans l'instance, et non par les autres parties en cause. C'est une nullité purement relative (2).

(1) Aussi le code de procédure du canton de Genève (art. 274) ne répute-t-il la cause en état que lorsque *la plaidoirie est terminée*, ou lorsque l'instruction par écrit est complète. — V. l'Exposé des motifs de ce code, p. 167.

(2) V. arrêt de Bruxelles du 29 mai 1833, Journal des Avoués, t. 46, p. 249.

ART. Mais par quelle voie et devant quels juges cette nullité devra-t-elle être demandée? — Le code a gardé le silence sur ce point; cependant il ne faut pas en conclure que la nullité n'ait pas besoin d'être prononcée, et que le jugement rendu au mépris des dispositions de l'article 344 ne puisse acquérir l'autorité de la chose jugée.

A Rome, la sentence rendue contre la partie décédée était nulle de droit : *neque sententiam adversùs eum dictam vires habere* (1). L'expiration d'aucun délai ne pouvait purger le vice qu'elle renfermait. C'était un principe général que si une sentence avait été rendue contrairement aux lois, l'instance pouvait recommencer comme s'il n'existait pas de jugement, et sans qu'il fût besoin de se pourvoir par appel (2).

Mais l'ancienne jurisprudence française rejeta ces nullités de plein droit, admises par les textes du droit romain, et c'est principalement aux sentences que s'appliquait ce vieil adage : *Voies de nullité n'ont point de lieu* (3). Une fois le jugement rendu, il ne pouvait être anéanti qu'à l'aide d'un moyen légal de re-

(1) L. 2, § 1, ff. *quæ sentent. sine appellat. rescind.*

(2) L. 19, ff. *de appellationibus.*

(3) Loisel, Instit. coutum. liv. 5, tit. 2, art. 5.

cours, et, quelle que fût la tache originelle qui l'eût d'abord vicié, le temps ou l'exécution la faisaient disparaître en imprimant à la sentence l'autorité de la chose jugée. Ces principes sont ceux qui nous régissent encore (1). ART.

Rodier les appliquait sous l'empire de l'ordonnance, lorsque, tout en déclarant nul et non avenu le jugement rendu depuis la notification du décès, sans qu'il y eût eu reprise d'instance, il voulait cependant que les intéressés, pour en paralyser les effets, se pourvussent dans les formes légales (2). La voie qu'il indique, c'est la requête à fin d'opposition, dont parle l'article 2 du titre 35 de l'ordonnance (3); sorte de recours analogue à la tierce opposition, et désigné aussi dans notre ancienne procédure sous le nom de *demande en rapport de jugement.*

La marche indiquée par Rodier ne devrait

(1) V. toutefois l'article 360 du code de procéd., et mes explications sur le titre du Désaveu.

(2) Sur l'ord. de 1667, tit. 26, art. 2, question 4.

(3) « Permettons de se pourvoir par simple requête à fin d'opposition contre les arrêts et jugements en dernier ressort auxquels le demandeur en requête n'aura pas été partie ou dûment appelé, et même contre ceux donnés sur requête. » (Ord. de 1667, tit. 35, art. 2.)

Art. pas être suivie. La demande en rapport de jugement n'a pas trouvé place dans notre code, et la tierce opposition, malgré ses affinités avec cette voie de recours, ne semble pas applicable à notre hypothèse.

474. La voie de la tierce opposition n'est ouverte qu'à ceux qui n'ont été ni appelés ni représentés lors du jugement qui préjudicie à leurs droits; mais la partie dont l'avoué a cessé de remplir ses fonctions avait été appelée dans l'instance, et c'est contre elle que le jugement est prononcé. — C'est aussi contre la partie appelée dans l'instance, et depuis décédée, que le jugement est prononcé au mépris de la loi qui suspend les procédures à partir de la notification du décès. Sans doute ses représentants peuvent se plaindre d'avoir été privés d'une importante garantie, mais la reprise n'aurait pas créé une instance nouvelle, elle aurait seulement continué celle dans laquelle figurait leur auteur.

La tierce opposition suppose la validité du jugement relativement à ceux qui y figurent, et son inefficacité par rapport aux tiers : *res inter alios judicata quæ aliis non nocet ;* — dans notre hypothèse, la nullité existe, au contraire, relativement à la personne directement condamnée.

Les seules voies ouvertes pour faire tomber le jugement seront donc celles accordées par la loi aux parties elles-mêmes, c'est-à-dire l'opposition, l'appel ou la voie extraordinaire de la requête civile, par application de l'article 480, n° 2, qui permet d'y recourir, « si les formes prescrites à peine de nullité ont été violées, soit avant, soit lors des jugements, pourvu que la nullité n'ait pas été couverte par les parties (1). » Art.

La violation des dispositions de l'article 344 une fois constatée, et la nullité reconnue, le jugement tombe avec les procédures faites depuis l'interruption de l'instance, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le fond; et les garanties écrites dans la loi trouvent ainsi leur sanction.

Je passerai successivement en revue les diverses applications des principes déjà posés, en signalant les difficultés que peut présenter cette application, et les cas soumis à des règles excep-

(1) Cette opinion était celle de Duval dans ses Leçons sur l'ordonnance. —C'est encore aujourd'hui celle qu'enseignent MM. Chauveau, *Lois de la procédure*, question 1282, et Rodière, *Exposition des lois de la compétence et de la procédure*, t. 2, p. 236.

Art. tionnelles; puis j'indiquerai les formes à suivre pour les reprises d'instance et constitution de nouvel avoué, après avoir reconnu les hypothèses dans lesquelles il est nécessaire d'y recourir.

Une première hypothèse doit spécialement attacher l'attention : le demandeur décède après la signification de l'ajournement, mais avant que le défendeur ait constitué avoué. Ce cas fait exception à toutes les règles précédemment posées. Si l'on appliquait ici les principes ordinaires, l'avoué constitué pour le demandeur dans l'exploit d'ajournement pourrait, à l'échéance des délais, obtenir jugement contre le défendeur qui ne comparaît pas; et, toujours par application de ces principes, le défaillant condamné ne pourrait se prévaloir, pour faire déclarer nul le jugement, de la circonstance que le demandeur était décédé au moment de la prononciation. On a vu en effet que cette nullité, purement relative, ne peut être invoquée que par les représentants de la partie décédée.

Mais le législateur, pour ce cas spécial, s'est placé à un autre point de vue. La loi trouve un motif plausible à l'inaction du défendeur : il a

pu penser en effet que son nouvel adversaire, investi des droits du défunt, renoncerait à poursuivre un procès qui n'était pas encore *contradictoirement* engagé; il se trouve ainsi justifié de son silence et de son abstention. ART.

Pour que le défendeur ne puisse douter de l'intention arrêtée qu'ont les représentants du demandeur primitif de donner suite au procès, ceux-ci doivent l'assigner de nouveau, dans les délais ordinaires, pour voir adjuger les conclusions, sans que d'ailleurs il soit besoin de conciliation préalable (1). — Ainsi cette nécessité d'un nouvel ajournement a été introduite dans l'intérêt du défendeur. Voilà pourquoi c'est à lui qu'appartient le droit de se prévaloir de la nullité du jugement qui n'aurait pas été précédé d'une assignation nouvelle. 345.

(1) La disposition de l'article 345, § 2, est de droit nouveau. L'édit de février 1771 avait prévu le même cas, et voici la marche qu'il indiquait : « En cas que le demandeur soit décédé *avant que le défendeur ait comparu*, les héritiers, successeurs ou ayants cause dudit demandeur pourront obtenir un arrêt par défaut contre ledit défendeur, en faisant préalablement au greffe un acte de reprise de la demande formée par celui qu'ils représenteront, sans qu'il soit besoin, audit cas, de lettres ou arrêts, ni d'aucunes autres procédures ou formalités. » (Tit. 4, art. 16.)

Art. On conçoit d'ailleurs que le législateur a pu croire inutile de dire qu'un nouvel ajournement serait nécessaire, lorsque l'avoué constitué par le demandeur cesserait de postuler avant que le défendeur n'eût constitué le sien. A qui le défendeur pourrait-il dans ce cas signifier une constitution? — L'évidence de l'application dispense de répéter le principe.

Mais ce qu'il importe surtout de remarquer, c'est que le *changement d'état* du demandeur, survenu avant que le défendeur ait constitué son avoué, produirait dans ce cas les mêmes conséquences que le décès. Une nouvelle assignation sera nécessaire encore. Le défendeur peut croire que ce changement dans la personne juridique de son adversaire doit amener la manifestation d'une volonté nouvelle, et les retours d'une humeur moins processive. — Il y a d'ailleurs même raison de décider en cas de *cessation des fonctions* dans lesquelles procédait le demandeur. Cette hypothèse se trouve implicitement comprise dans le terme général de *changement d'état*, employé par l'article 345, § 2. — C'est dans cette circonstance unique, c'est-à-dire lorsque ces événements frappent le demandeur avant la constitution d'avoué de l'autre partie, que son changement d'état ou la

cessation de ses fonctions arrêtent la marche de l'instance. ART.

Lorsque l'ajournement doit être réitéré pour mettre le défendeur en demeure de constituer avoué, il ne faut pas croire que la première assignation se trouve complétement anéantie et ne puisse produire aucuns effets légaux. Considérée comme interpellation judiciaire, elle servira toujours de point de départ pour faire courir les intérêts ou interrompre une prescription commencée.

Enfin une dernière observation, tirée de ce principe que le nouvel ajournement n'est exigé que dans l'intérêt du défendeur, c'est qu'il peut abandonner le privilége que la loi lui confère, et constituer avoué sans attendre une nouvelle assignation. Alors, malgré le changement d'état ou la cessation des fonctions du demandeur, la procédure suivra son cours, sans qu'il y ait lieu de reprendre l'instance. Il ne serait nécessaire de la reprendre, suivant les formes indiquées par la loi, que dans le cas où le défendeur ayant constitué avoué, le décès du demandeur lui serait plus tard notifié.

Je passe à d'autres hypothèses.

Le défendeur assigné devant le tribunal

Art. meurt dans les délais de l'ajournement avant d'avoir constitué avoué; le demandeur obtient un jugement par défaut; ce jugement sera-t-il valable, ou sera-t-il nul? — La raison de douter naît de ce qu'il y a eu impossibilité de dénoncer le décès; de sorte que les héritiers seront soumis aux conséquences d'un jugement contre lequel leur auteur n'a pu se prémunir, et dont ils n'ont aucun moyen légal de détourner les dangers, puisqu'ils ignoreront presque toujours l'existence du procès. — Il faut néanmoins se prononcer pour la validité du jugement: le demandeur, étant présumé n'avoir aucune connaissance du fait qui a mis obstacle à la comparution de son adversaire, a pu solliciter l'adjudication de ses conclusions. Entre la présomption qui milite en faveur du demandeur et celle d'après laquelle les héritiers sont censés ignorer l'existence du procès, c'est la première qui doit l'emporter: car, en poursuivant l'instance, le demandeur a pour lui le principe général et ne fait qu'user du droit commun; les héritiers, en soutenant qu'ils doivent être assignés en reprise d'instance, invoquent une règle exceptionnelle qui ne reçoit son application que dans les cas précisés par la loi, et les faits échappent à cette application

littérale. Mais ce jugement ne pourra être mis à exécution contre eux qu'après leur avoir été signifié, et ils auront pour se pourvoir contre la décision au fond, les moyens ordinaires de l'opposition ou de l'appel, outre les voies extraordinaires de recours dont ils peuvent aussi se prévaloir. ART.

Le défendeur a constitué avoué; les deux parties ont conclu contradictoirement au fond devant le tribunal; puis l'avoué de l'une d'elles cesse de postuler, ou la partie elle-même décède, et son décès est notifié; les juges, au lieu de rendre une décision définitive, prononcent un avant-dire-droit, et ordonnent une instruction, telle qu'une enquête ou une expertise. Il y aura lieu à reprise d'instance ou à constitution de nouvel avoué. Le jugement interlocutoire, rendu sur les conclusions des parties, a épuisé l'effet légal qu'elles étaient destinées à produire. A partir de ce jugement, aucune procédure ne pourra être valablement notifiée qu'après l'accomplissement des formalités exigées pour mettre les intéressés en demeure de se faire représenter dans l'instance, et l'affaire ne sera réputée en état qu'après de nouvelles conclusions prises

ART. devant le tribunal depuis l'accomplissement de l'instruction ordonnée. — On comprend que la solution serait la même si ces événements survenaient depuis la prononciation de l'interlocutoire.

Il y aurait lieu également à reprise d'instance, si, depuis les conclusions contradictoirement posées, le personnel du tribunal se trouvait modifié, de sorte qu'il devînt nécessaire de prendre de nouveau les conclusions devant d'autres juges. Les causes d'interruption de l'instance survenues dans l'intervalle empêcheraient la continuation des poursuites, car l'affaire a cessé d'être en état. On appliquera notamment cette solution au cas où interviendrait un partage d'opinions. Sous l'ancienne jurisprudence, on aurait décidé le contraire (1); mais cela tenait au mode usité pour vider le partage, et « parce qu'alors il n'y avait rien à attendre du ministère des parties, des procureurs ou des avocats, mais seulement du ministère des juges. » On sait que, d'après les principes du code, l'affaire doit être

(1) V. Rodier, Quest. sur l'ordonn., tit. 26, art. 1er, quest. 2.

de nouveau conclue et plaidée devant les juges départiteurs (1). Art.

Depuis la prononciation d'un jugement contradictoire, l'avoué qui occupait pour la partie condamnée a cessé de postuler; comment les qualités pourront-elles être réglées? Suffira-t-il de les signifier à la partie? Sera-t-il nécessaire de la mettre en demeure de constituer un nouvel avoué? — Cette question a déjà reçu une solution au chapitre des jugements (2). Peut-être serait-il difficile de faire déclarer vicieuse la marche qui consisterait à substituer, dans ce cas, à la signification à l'avoué, la signification à la partie elle-même, par argument de l'article 148; toutefois on ne pourrait reprocher au système admis par M. Boncenne qu'une surabondance de précautions, dont il est inutile de chercher à l'absoudre (3).

Un jugement par défaut, faute de constituer

(1) V. *suprà*, p. 36.

(2) V. t. 2, p. 429.

(3) On peut consulter sur cette question les Lois de la procédure de MM. Carré et Chauveau, quest. 597 *bis*; les différents systèmes s'y trouvent complétement exposés.

Art. avoué ou faute de conclure, a été prononcé. L'avoué de la partie qui a obtenu le jugement cesse de postuler pendant les délais de l'opposition. On sait que le défaillant doit signifier ou réitérer son opposition par requête d'avoué à avoué; cette forme ne pouvant être suivie dans l'hypothèse prévue, le projet du code imposait à la partie défaillante l'obligation de faire son opposition *par exploit*, qui devait contenir les moyens *avec assignation à trois jours en constitution de nouvel avoué*. Mais, dans la rédaction
162. définitive, un autre système fut adopté. C'est à la partie qui a obtenu le jugement à prendre l'initiative et à faire notifier dans ce cas une nouvelle constitution d'avoué : les délais pour faire l'opposition ou la réitérer ne courent que du jour de cette signification (1). — Rien n'empêche d'ailleurs que la partie défaillante, pressée de former son opposition au jugement qui la condamne, ne remédie, par une assignation en constitution de nouvel avoué, aux lenteurs de son adversaire. La disposition introduite en faveur de la partie défaillante ne doit pas tourner à son préjudice.

Le jugement par défaut a été prononcé

(1) V. t. 3, p. 125.

contre un défendeur dont l'avoué a refusé de Art.
conclure. Depuis la signification du jugement, mais avant l'expiration des délais de l'opposition, l'avoué du *défaillant* a cessé de postuler : les délais de l'opposition seront suspendus. L'instance n'est pas terminée par la sentence rendue contre le défaillant, et le ministère de l'avoué n'était pas complétement épuisé, puisque l'opposition est un acte de ce ministère. Sera-t-il nécessaire cependant de mettre la partie en demeure de constituer un nouvel avoué? — M. Thomine-Desmazures répond affirmativement (1). Le délai, dit-il, sera suspendu jusqu'à ce que l'instance ait été reprise. — D'un autre côté, M. Pigeau (2) et M. Favard de Langlade (3) rejettent ce système, et, appliquant à notre hypothèse la disposition de l'article 158, ils décident que l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution.

Sans méconnaître les garanties qu'elles peuvent présenter au défaillant, je ne saurais concilier ces solutions avec les textes. Sans doute la signification du jugement à l'avoué qui oc-

(1) Commentaires, t. 1, p. 300.

(2) Procéd. civ. t. 1, p. 570.

(3) V° *opposition*, p. 42.

Art. cupait pour la partie préserve celle-ci d'une surprise possible, et la place sous la sauvegarde de conseils éclairés; mais la loi a prévu que cette garantie pourrait faillir à la partie condamnée; elle eût pu exiger, pour la validité de la signification, que le poursuivant mît préalablement son adversaire en demeure de se choisir un nouveau représentant. Elle n'a pas jugé à propos d'indiquer cette marche; elle a cru faire assez pour la partie laissée à découvert, en déclarant que si l'avoué est décédé ou
148. a cessé de postuler, la signification à partie suffira, pourvu qu'il soit fait mention du décès ou de la cessation des fonctions de ce représentant.—Si l'avoué n'exerçait plus à une époque où le jugement n'était pas encore signifié, c'est à la partie qu'il devrait l'être;—si l'avoué cesse d'exercer pendant les délais de l'opposition, après avoir reçu la signification du jugement par défaut, les délais suspendus ne devront donc recommencer à courir qu'à partir d'une nouvelle signification à personne ou domicile, contenant à la fois la mention exigée par l'art. 148 et la date de la signification faite à l'avoué qui a cessé de postuler. Toutefois ce complément de délais devrait recevoir une augmentation à raison des distances. Le motif

sur lequel repose la fixité du délai de huitaine n'existe plus dans ce cas. Entre avoués, l'échange des actes se peut faire sans retard (1). Il en est autrement lorsque la partie reçoit accidentellement une signification qui, dans les prévisions ordinaires, était destinée à son représentant, et qui exige un recours formé dans un délai dont la brièveté a été calculée sur des facilités qu'elle n'a plus. ART.

MM. Favard et Pigeau admettent la signification à partie comme devant remédier, dans ce cas, aux résultats incomplets d'une signification à avoué ou à l'impossibilité de la faire ; mais ils voient dans le fait accidentel qui amène ce changement de forme, la cause d'une transformation dans la nature même du jugement ; ils s'appuient sur l'article 158 pour proroger alors les délais de l'opposition jusqu'à l'exécution opérée suivant les règles de l'article 159 ; comme si un jugement *signifié* à une partie qui n'a plus d'avoué était un jugement *rendu* contre une partie qui n'a pas été représentée dans l'instance.

Il est difficile de s'expliquer cette faveur spéciale, qui protégerait dans ce cas la partie

(1) V. t. 3, p. 138.

ART. condamnée. Voyez ce qui se passe en matière d'appel : la signification du jugement à l'avoué n'est pas seulement nécessaire, en règle générale, comme préliminaire à l'exécution, mais encore elle doit précéder la signification à partie, pour que les délais de l'appel puissent commencer à courir. « La plupart des plaideurs sont peu versés dans la science des choses qui tiennent à la procédure. La signification d'un jugement leur arrive : quelle est la nature de ce jugement? faut-il obéir, faut-il se pourvoir? est-ce la forme, est-ce le fond qu'il faut attaquer? quels délais seront observés? quelles réserves seront faites? L'avoué seul peut répondre à toutes ces questions et tracer un plan de conduite (1). » Cependant ces considérations n'ont pas été assez puissantes pour empêcher le législateur de sacrifier son principe, et de se contenter de la signification à partie avec mention du décès ou de la cessation des fonctions de l'avoué, sans que la règle des délais d'appel éprouve aucune modification. Voudrait-on expliquer cette inflexibilité des délais, dans ce cas, par leur durée suffisante pour garantir le plaideur

(1) V. t. 2. p. 451.

contre les dangers de son inexpérience, tandis Art.
que ses intérêts se trouveraient compromis
par la rapidité d'un délai de huitaine? Je
répondrai que vingt-quatre heures après la
signification du jugement contradictoire, l'exé-
cution peut commencer contre la partie privée
des conseils de son avoué, et qu'abandonnée à
elle-même, placée entre cette brusque exécu-
tion qu'elle n'a pas eu le temps de prévoir, et
des voies de recours que peut-être elle ne soup-
çonne pas, il lui sera difficile d'échapper aux
périls d'une irrésolution funeste. La huitaine
qui suit la signification d'un jugement par dé- 155.
faut est au contraire un temps d'arrêt, pendant
lequel la partie défaillante est en sûreté contre
toute voie d'exécution. Ce délai appartient tout
entier aux préoccupations de sa défense. Les
dangers d'une surprise sont donc bien moins à
redouter.

La cour royale d'Orléans statuait le 10 avril 1837 sur une difficulté dont on saisira facilement l'analogie. L'article 763 accorde un délai de *dix jours*, à partir de la signification *à avoué*, pour interjeter appel d'un jugement rendu sur une contestation en matière d'ordre; il s'agissait de savoir, l'avoué de la partie condamnée étant décédé au moment de la signi-

ART. fication, quel serait le point de départ et l'étendue des délais. La cour décida que la signification du jugement à la partie faisait courir le délai de l'appel, et que ce délai devait rester limité à dix jours : « Attendu que l'article 148 établit, dans une disposition générale et applicable à toutes les significations de jugements, que lorsque l'avoué serait décédé au moment où cette signification devait être faite, elle le serait à la partie même ou à son domicile; — que ce mode, le seul praticable dans l'espèce, satisfait au vœu de la loi et à l'intérêt des parties; — qu'il serait contraire à l'esprit de la loi d'admettre que la signification à la partie au lieu de celle à l'avoué change la nature de l'affaire, et substitue à une procédure expéditive la forme lente et compliquée d'une procédure ordinaire (1). »

Pour décider que l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution, M. Favard donne ce motif : Il n'est pas plus certain que la signification soit parvenue au défendeur que celle faite par l'huissier commis à une partie n'ayant pas d'avoué. — C'est méconnaître l'esprit des dispositions de la loi. L'insuffisance d'une signifi-

(1) Dalloz, 37, 2, 178.

cation pour arriver à faire connaître l'existence du jugement à la partie qui n'a pas constitué d'avoué, repose sur ce raisonnement : Il y a présomption que l'ajournement ne lui est pas parvenu ; dès lors il est à craindre que la signification du jugement n'éprouve le même sort. Mais cette déduction n'a plus de base, dès que par la constitution d'un avoué le but de l'ajournement s'est trouvé atteint; le défendeur se trouve alors sous l'empire d'une présomption toute contraire, et puisque le premier acte de l'instance est parvenu entre ses mains, on doit supposer que toutes significations faites à sa personne ou à son domicile lui seront également remises. Qu'importe la qualification que peut recevoir par un fait ultérieur le jugement à intervenir? Que l'avoué ait refusé de conclure, ou que les conclusions aient été contradictoirement prises, la position de la partie condamnée est toujours la même, quant à l'efficacité des moyens destinés à lui faire connaître la sentence. Dans l'une et l'autre hypothèse, l'avoué n'a pu ignorer la condamnation de son client, qui trouve dans la surveillance de ce représentant une première garantie. L'isolement produit par la cessation des fonctions de l'avoué depuis la pronon- Art.

ART. ciation du jugement entraîne les mêmes conséquences dans les deux hypothèses; et si la signification à la partie paraît assez rassurante pour faire courir les délais de l'appel, qu'importe sous ce point de vue l'étendue ou la brièveté des délais, puisqu'il s'agit uniquement de fixer leur point de départ, et puisque le défaillant privé de son représentant se trouve dans les mêmes conditions que la partie contradictoirement condamnée? — Il faut donc rejeter cette opinion, qui transporterait arbitrairement dans un autre ordre de faits l'application d'une procédure créée pour des prévisions toutes différentes; qui soumettrait le jugement à la péremption, faute d'exécuter dans les six mois; qui imposerait la nécessité d'une commission à l'huissier chargé de le signifier, et l'observation de toutes ces règles d'exécution dépourvues dans ce cas du caractère d'utilité qui justifie les formes rigoureuses et exceptionnelles exigées seulement pour les jugements par défaut *faute de constituer avoué*.

J'admettrais encore la même solution, en supposant que la partie soit décédée, et que sa mort ait été notifiée pendant les délais de l'opposition. Le mandat légal de l'avoué se trouve éteint : il n'aurait plus qualité pour

former opposition ; les délais ne reprendront Art.
leur cours qu'après la signification faite aux héritiers collectivement au domicile du défunt; toutefois il faudrait ajouter aux délais ordinaires de l'opposition ceux que la loi accorde aux héritiers pour faire inventaire et délibérer, si le jugement était signifié avant que ces derniers délais fussent expirés (1).

Mais le décès de la partie ne serait-il pas suspensif des délais de l'opposition, sans qu'il fût besoin de le notifier? Cette question emprunte quelque gravité à certaines analogies tirées de la combinaison des textes. — L'opposition est, comme l'appel, un remède contre les humaines erreurs. S'agit-il de l'appel,
les délais en sont suspendus *par la mort de* 447.
*la partie condamnée:* ici la loi n'exige pas la notification de la mort; elle attache l'effet suspensif à l'événement lui-même, connu ou ignoré des parties intéressées. La décevante influence d'une assimilation incomplète a séduit M. Favard qui semble vouloir appliquer le même principe, lorsque le défaillant est mort pendant la huitaine de l'opposition (2). Sous ce rapport,

(1) Argument de l'article 447 du code de procédure.
(2) Répert., v° *opposition*, p. 42.

ART. l'analogie n'est qu'apparente entre l'appel et l'opposition. — L'exploit d'appel introduit une instance nouvelle, et, comme l'ajournement devant les premiers juges, il est l'œuvre directe de la partie. — L'opposition émane, au contraire, de l'avoué constitué dans l'instance; elle est un des actes du ministère qu'il remplit; et le pouvoir de la former se trouvait sous-entendu dans la généralité du mandat *ad lites*.

Il est facile de tirer les conséquences : — S'agit-il de l'appel, c'est uniquement par rapport à la partie intéressée qu'il faut considérer la possibilité d'exercer le droit d'appel; dès lors ce droit, depuis l'événement de son décès, ne pouvant plus être exercé que par ses héritiers, il faut, pour que les délais reprennent leur cours, une nouvelle signification du jugement qui les mette en demeure d'appeler. — S'agit-il de l'opposition, c'est la personne du mandataire à laquelle il faut exclusivement s'attacher. Tant que le mandat subsiste légalement relativement aux tiers, le droit d'opposition peut être exercé par le mandataire; et comme la mort de la partie défaillante ne met pas fin au mandat de l'avoué *ipso facto*, les délais de l'opposition ne sont

pas suspendus, si la notification du décès n'est venue avertir les tiers de la cessation des pouvoirs du mandataire. ART.

Les solutions qui précèdent suffiront pour distinguer les cas dans lesquels la mort des parties ou la cessation des fonctions de l'avoué, — tantôt n'exerceront aucune influence sur la marche du procès, — tantôt la suspendront jusqu'à reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué, — tantôt amèneront une simple suspension de délais qui reprendront leur cours sans qu'il soit nécessaire d'employer les formes de la reprise d'instance, et par la seule réitération de la signification destinée à fixer leur point de départ.

Après avoir déterminé les cas dans lesquels il est nécessaire de recourir à la reprise d'instance ou à la constitution de nouvel avoué, il est temps d'indiquer les personnes qui peuvent reprendre l'instance, ou contre lesquelles l'instance peut être reprise, et d'expliquer la procédure qui doit être suivie.

Entre ces deux expressions, *reprise d'instance*, *constitution de nouvel avoué*, il n'existe

Art. pas une complète synonymie, bien que dans la pratique on ait l'habitude de les confondre. Si l'on consulte les auteurs les plus exacts, on voit qu'autrefois la reprise d'instance s'appliquait au cas où les procédures étaient interrompues par un fait atteignant le plaideur lui-même; tandis que la constitution de nouveau procureur avait lieu lorsque la cause d'interruption, étrangère à la partie, provenait de la cessation des fonctions du procureur déjà constitué (1). Mais cette distinction, utile à constater parce qu'elle correspond à une différence dans la cause, n'implique d'ailleurs aucune différence relativement aux effets ou à la forme.

La reprise, comme la constitution, est *volontaire* ou *forcée*.

Elle est volontaire, lorsque, sans attendre une mise en demeure, la partie ou ses représentants déclarent, par un simple acte d'avoué à avoué, reprendre l'instance ou constituer un nouvel avoué. Sous l'empire de l'ordonnance, cette déclaration se faisait au greffe; le gref-

(1) V. Praticien du Châtelet de Paris, chap. 9 et 10; et Pothier, Traité de la procédure civile, part. 1, chap. 4, sect. 3, § 1.

ficer en délivrait acte, que le procureur signi- Art.
fiait au procureur de l'autre partie (1). Le code
a, dans ce cas comme dans bien d'autres,
affranchi notre pratique nouvelle de ces forma-
lités du greffe. A partir d'une simple significa- 347.
tion à avoué, la procédure reprend sans l'intervention du juge sa marche régulière. L'interruption momentanée de l'instance ne fait naître alors aucun incident qui réclame une décision.

Il ne pourrait s'élever de difficultés que sur la qualité de celui qui vient spontanément reprendre l'instance. On conçoit, en effet, qu'il n'est pas libre à toute personne indifféremment de s'approprier le procès et de s'emparer du rôle de contradicteur. Cette faculté appartient sans aucun doute aux successeurs *universels* de la partie décédée; doit-elle être accordée aux autres ayants cause?

Cette question peut se présenter dans la double hypothèse où le procès aurait pour objet soit une action réelle, soit une action personnelle.

(1) V. Praticien du Châtelet, chap. 9, et Pothier *loc. cit.*—V. cependant l'édit du mois de février 1771, tit. 4, art. 15.

ART. Supposez une instance engagée relativement à la propriété d'un immeuble. L'une des parties décède avant l'époque où l'affaire, suivant l'article 343, est réputée en état; le décès est notifié en conformité de l'art. 344. Le légataire, à qui le défunt a transmis à titre particulier la propriété de l'immeuble en litige, pourra-t-il reprendre l'instance arrêtée par le décès du testateur?

Il faut d'abord admettre une distinction qui s'applique aux légataires en général, sauf le légataire universel, saisi de plein droit lorsqu'il n'est pas en concours avec des héritiers réservataires (1). Tout legs, s'il n'est suspendu par un terme ou une condition, donne au légataire un droit à la chose léguée, à compter du jour du décès du testateur (2). Mais ce droit ne peut s'exercer qu'à partir de la demande en délivrance. Il faut que le titre du légataire soit reconnu avant qu'on puisse le mettre à exécution et se prévaloir des droits qu'il confère; c'est alors seulement que naissent pour le légataire les avantages et les attributs du droit, jusque-là stérile et nu, qu'il puisait dans le testament; de là

(1) Cod. civ., art. 1006.
(2) Cod. civ., art. 1014.

datent sa possession légale et le droit d'exercer les actions protectrices de la propriété. Il faut donc exiger d'abord du légataire se présentant pour reprendre l'instance qu'il ait obtenu la délivrance, puisque ses droits ne peuvent s'exercer qu'à cette condition. ART.

Mais, en supposant cette condition remplie, quelques auteurs modernes, s'appuyant de l'autorité de Pothier, refusent encore au légataire particulier la faculté de reprendre l'instance (1). M. Chauveau propose deux raisons pour soutenir cette opinion : — la première, c'est que, s'il s'agit de la propriété même de l'objet légué, les héritiers devront, dans leur intérêt, se refuser à la délivrance ; — la seconde, que la délivrance n'investit point le légataire particulier des actions du défunt.

Cet auteur suppose apparemment que les héritiers sont responsables de l'éviction qui menace le légataire, et c'est à ce point de vue sans doute qu'il les croit intéressés à refuser la délivrance de l'objet litigieux. Ce serait une erreur : l'héritier grevé du legs d'un corps certain remplit son obligation, ainsi que l'en-

(1) MM. Chauveau, Lois de la procédure, question 1288 *bis;* Demiau, p. 262; Rodière, t. 2, p. 241.

ART. seigne Pothier lui-même, en introduisant le légataire *in vacuam rei possessionem*, et n'est point obligé de le défendre des évictions qui pourraient survenir, à moins que le testateur n'eût manifesté une volonté contraire (1).

D'un autre côté, si l'on suppose le légataire reprenant l'instance comme *défendeur* à l'action en revendication, qu'importera l'application de ce principe, contestable d'ailleurs dans sa généralité, que la délivrance n'investit pas le légataire des actions ou des exceptions du testateur? Ce n'est pas comme subrogé aux actions, mais comme succédant à la *possession* du défunt, que le légataire est légitime contradicteur à l'action en revendication; c'est comme *détenteur*, et non comme *obligé*, qu'il est soumis à ses conséquences; c'est contre lui qu'il faudrait reprendre l'instance, elle peut donc être par lui volontairement reprise.

Furgole, en son Traité des Testaments, a posé la question, et voici comment il la résout : « Que si la chose léguée était litigieuse sur la tête du testateur contre lequel la demande en vendication avait été intentée en jugement, et qu'elle eût été livrée au légataire, comme, sui-

(1) Pothier, Traité des donations testamentaires, ch. 5, section 3, § 4.

vant la novelle 112, ch. 1, le legs de la chose litigieuse ne comprend que ce qui peut en revenir par l'événement du procès : *quoniam sciens testator rem litigiosam esse, litis eventum legatario dereliquit*, il est clair que *le procès peut être repris et continué* contre le légataire par celui qui avait intenté l'action *rei vindicationis* contre le défunt, parce que la chose ne peut avoir passé sur la tête du légataire qu'avec la charge du procès, à raison duquel le légataire possesseur actuel est légitime contradicteur, et tenu d'ailleurs de l'action réelle, qui ne peut être intentée que contre le possesseur. L. 25, ff. *de obligat. et actionib.*; l. 9, ff. *de rei vindicatione*; l. unic., Cod. *de alien. jud. mutand. causâ*; et l. 1, Cod. *ubi in rem actio*. Et si l'action était intentée contre les héritiers du testateur, *ils devraient être absous*, comme n'étant plus possesseurs, suivant la loi 42 et la loi 52, ff. *de rei vindicatione* (1). »

ART.

Mais la question se présente sous un autre aspect, si l'on suppose la demande en revendication primitivement intentée par le testateur ; alors, avant d'attribuer au légataire le droit de reprendre l'instance, il importe d'examiner s'il

(1) Traité des testaments, chap. 10, n° 56.

ART. est investi des droits et actions de son auteur. Le légataire puise dans le testament des actions qui lui sont propres et personnelles ; c'est ainsi qu'il a le droit de former la demande en délivrance, et que, saisi de la propriété de la chose léguée, il peut diriger de son chef l'action en revendication. Faut-il cependant lui refuser les actions nées et engagées avant l'ouverture de son droit, et n'accorder qu'aux héritiers la faculté de les reprendre, bien qu'elles aient pour objet la chose léguée? Il est difficile d'admettre ce principe. Si c'était une condition nécessaire pour reprendre les actions du défunt, d'être le continuateur de sa personne, il faudrait appliquer cette règle non-seulement au légataire particulier, mais au légataire à titre universel, au légataire universel quand il n'a pas la saisine, au curateur à la succession vacante et à tous les successeurs irréguliers. Mais si l'on est forcé de reconnaître que les successeurs *universels*, même lorsqu'ils ne continuent pas la personne, ont qualité pour reprendre l'instance considérée comme une partie du patrimoine du défunt, il y a même raison pour accorder aux légataires particuliers la même prérogative, lorsque l'instance concerne l'objet déterminé qui leur a été trans-

mis. Les uns et les autres ne sont que des successeurs aux biens ; il n'y a de différence entre eux que relativement à l'extension que leurs droits respectifs comportent ; il n'en existe aucune quant à la nature même de ce droit. Art.

Cette solution ne s'appliquera pas seulement au cas où la chose litigieuse est un immeuble ; le légataire aurait également le droit de reprendre l'instance déjà engagée à l'époque du décès du testateur, si elle avait pour objet le corps certain mobilier qui lui a été légué, ou bien une créance sur un tiers, léguée avec *assignat limitatif*. Le testateur est censé avoir légué l'action ou le procès lui-même ; le légataire peut encore, *de son propre chef*, reprendre dans ce cas l'instance interrompue. — Du reste, en reconnaissant au légataire le droit de reprendre l'instance, je n'entends pas exclure son adversaire du droit d'appeler dans la cause le successeur universel du défunt pour obtenir contre lui des condamnations en restitution de fruits, ou les dépens faits du vivant de son auteur ; car c'est la succession entière qui les doit, et non pas le légataire (1).

(1) C'est l'observation que fait M. Pigeau, Procédure civile, t. 1, p. 488.

ART. Je croirais même qu'il convient de donner une extension plus grande encore à la faculté de reprendre l'instance. Le legs peut avoir pour objet une chose déterminée seulement quant à l'espèce, ou une somme d'argent à prendre sur les biens de la succession. La propriété de la chose léguée n'est alors transférée que par le payement effectif. Lorsque son titre est reconnu et avant que le payement n'ait eu lieu, le légataire est simplement créancier de la succession : *Hæreditariarum actionum loco habentur et legata, quamvis ab hærede cœperint* (1). L'obligation que produit le legs prend en effet naissance dans la personne du testateur, quoique l'exécution de sa volonté soit différée jusqu'à sa mort. Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne (2) : considéré comme créancier, le légataire a la même prérogative. Sans doute les actions du défunt, dans cette hypothèse, ne lui sont pas transmises; mais, comme créancier de l'hérédité, il peut *exercer, du chef de son*

(1) L. 40, ff. *de obligat. et actionibus.*

(2) Cod. civ., art. 1166.

*débiteur,* les actions qui en dépendent, et par conséquent, en exerçant le droit des héritiers, reprendre toute instance dans laquelle figurait le défunt. ART.

Pourquoi ne pas reconnaître à tout créancier cette faculté qui résulte pour lui de la généralité des termes de l'article 1166? Les créanciers n'ont-ils pas le droit de former opposition au jugement par défaut rendu contre leur débiteur? Les voies ordinaires, de même que les moyens extraordinaires de recours, leur appartiennent pour combattre les préjudiciables effets d'un jugement qui leur serait opposable. On objecterait en vain qu'une intervention de leur part produirait les mêmes résultats que la reprise volontaire, et c'est inutilement que l'on essayerait de justifier ainsi, par l'apparence d'un double emploi, le système qui leur refuse le droit de reprendre l'instance. L'intervention suppose l'intéressé principal exerçant lui-même ses droits dans l'instance, et n'a pour objet que d'en surveiller la marche. La reprise aura lieu de la part des créanciers, lorsque les représentants légitimes de l'une des parties laisseront vacante la place qu'elle remplissait dans l'instance. L'intervention conservatoire des créanciers ne pourrait se produire

Art. 466. pour la première fois au second degré de juridiction ; les créanciers peuvent, au contraire, reprendre l'instance d'appel interrompue par le décès de leur débiteur, et prévenir ainsi les conséquences désastreuses d'une péremption.

Remarquez cependant que l'article 1166 ne doit pas être entendu en ce sens que les créanciers puissent exercer immédiatement, et sans le concours du débiteur, les droits appartenant à celui-ci. Les biens corporels et incorporels du débiteur sont considérés sans doute comme le gage de ses créanciers (1); mais, de même que ceux-ci ne peuvent saisir les biens corporels qu'en observant certaines formes légales, de même ils ne peuvent exercer les droits et les actions de leur débiteur qu'en faisant vérifier contradictoirement avec lui la qualité en laquelle ils agissent et leur intérêt pour agir. De sorte qu'en exerçant le droit du débiteur, et notamment lorsqu'ils veulent reprendre de son chef l'instance qui le concerne, ils doivent le mettre en cause pour que le jugement soit commun avec lui, et qu'il fasse valoir, s'il le juge convenable, les titres et les moyens qui peuvent faire triompher ses droits.

(1) Cod. civ., art. 2092 et 2093.

Cette série de propositions et de raisonnements nous a conduits à une solution diamétralement opposée au principe établi par Pothier : « Je ne pense pas, dit-il, que les successeurs *à titre singulier* puissent reprendre l'instance, ils peuvent seulement intervenir; mais les successeurs universels peuvent la reprendre du chef de la partie décédée, tels que les *légataires universels*, qui reprennent l'instance par elle commencée, et déclarent qu'ils entendent la poursuivre suivant les derniers errements (1). » ART.

Pothier écrivait sans doute ces lignes sous la préoccupation des principes du droit romain, modifiés cependant par une jurisprudence constante des parlements, jurisprudence qu'il n'indique dans aucun de ses ouvrages. D'après la législation romaine, les actions du défunt passaient toujours sur la tête de l'héritier; lui seul pouvait poursuivre les débiteurs de la succession; et le légataire, de même qu'un acquéreur de la totalité ou de partie de l'hérédité, ne pouvait poursuivre les créances héréditaires qu'à titre de procureur : *Hæreditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exsequi* (2).

(1) Traité de la procédure civile, part. 1, ch. 4, sect. 3, § 1.

(2) Gaius, Comment. 2, § 252.

ART. Plus tard on admit cependant le légataire d'une créance déterminée sur un tiers à exercer en son propre nom, sinon les actions directes, au moins les actions utiles : *Ex legato* NOMINIS *actionibus ab his qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest; utilibus autem suo nomine experietur* (1). Mais les lois romaines n'admirent jamais que des créanciers pussent exercer du chef de leur débiteur les actions de celui-ci ; ils ne pouvaient qu'agir contre lui pour le forcer à leur céder ses actions : *Neque enim ex eo quod creditor debitorem habeat obligatum, ejus actiones exercere licere ei debet, sed tantùm in id agere ut sibi cedantur* (2). On concevrait facilement la solution de Pothier, si cette rigueur du droit romain eût encore été suivie; mais notre ancienne jurisprudence, en la proscrivant, avait déjà préparé le triomphe du principe consacré par l'article 1166 du code civil. Le créancier n'a plus besoin, pour exercer les actions de son débiteur, que celui-ci les lui ait cédées : il trouve dans son titre et dans sa qualité une cause suffisante pour agir.

(1) L. 18, Cod. *de legatis.* — V. aussi l. 5, Cod. *de hæredit. vel act. vendit.*

(2) Olea, *De cessione jurium.*

Ainsi j'ai distingué deux classes de personnes auxquelles appartient le droit de reprendre spontanément l'instance : — les unes exerçant un droit qui leur appartient de leur chef ; — les autres exerçant un droit personnel à leur débiteur. Art.

Cette distinction a son importance, qui va se révéler si nous passons des principes relatifs à la reprise volontaire, aux règles particulières à la reprise forcée. On conçoit en effet que ceux-là seuls peuvent être forcés de reprendre l'instance interrompue par la mort de leur auteur, qui auraient le droit de la reprendre de leur propre chef, comme succédant aux droits du défunt ; mais l'action en reprise ne peut être dirigée contre ceux qui ne pourraient volontairement reprendre l'instance que comme exerçant un droit appartenant à autrui.

Le cas d'une reprise forcée se présente, lorsque la partie restée dans l'instance a intérêt à passer outre, et veut par conséquent régulariser la procédure. Elle assigne alors en reprise d'instance les représentants de la partie décédée, ou bien elle assigne sa partie adverse

ART. elle-même en constitution de nouvel avoué, dans le cas où l'avoué de cette partie a cessé ses fonctions.

346. L'assignation est donnée aux délais fixés au titre des ajournements, avec indication des noms des avoués qui occupaient et du rapporteur, s'il y en a, et sans préliminaire de conciliation (1). — Le nom de l'avoué qui occupait antérieurement fait connaître à la partie assignée l'étude où sont déposées ses pièces; le nom du rapporteur indique le magistrat entre les mains duquel elles doivent être produites. Toutefois l'omission de ces indications, qui n'ont rien de substantiel, ne serait pas de nature à entraîner une nullité que la loi ne prononce pas (2).

(1) Dans le projet du code se trouvait un article ainsi conçu : « Il ne sera pas besoin de citer en conciliation pour assigner en reprise d'instance et constitution de nouvel avoué. » La section du tribunat proposa de supprimer cet article, « attendu ce qui a été dit sur l'article 49. » — Depuis, la section revint sur son observation pour la retirer, « estimant que l'article devait être conservé; » l'article a néanmoins été retranché.

(2) Le projet du code voulait, en outre, que l'assignation en reprise ou en constitution indiquât sommairement *l'état de la procédure;* mais cette disposition fut

L'assignation en reprise ou en constitution étant signifiée, plusieurs hypothèses peuvent se présenter. ART.

La partie assignée reconnaît qu'il y a lieu à reprise ou à constitution de nouvel avoué, et déclare, par un simple acte, reprendre l'instance ou constituer un avoué pour la représenter; dès lors les procédures peuvent être continuées, et l'instance recommence son cours sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un jugement qui constate cette régularisation opérée. 347.

Il peut se faire que la partie assignée comparaisse seulement pour contester qu'il y ait lieu à reprise ou à nouvelle constitution. Elle prétendra, par exemple, qu'elle ne représente

supprimée par le motif « qu'on en abuserait pour augmenter les écritures. » — Sous l'ancienne jurisprudence, on exigeait qu'avec l'assignation *en reprise* il fût donné copie du dernier acte de la procédure. Cette copie, disait-on, était nécessaire pour que l'assigné pût savoir si l'instance était périe ou non. Cette raison ne serait plus applicable aujourd'hui, puisque la péremption de l'instance ne résulte pas de la seule expiration des délais, et qu'elle se couvre par les actes valables émanés de l'une ou de l'autre des parties (art. 399, cod. de proc.). V. Jousse sur l'art. 2 du tit. 26 de l'ordonn., n^os^ 4 et 5.

ART. pas la partie qui figurait dans l'instance (1), ou que l'instance qu'il s'agirait de reprendre est éteinte par transaction, désistement, péremption déjà prononcée, etc. (2). — Mais les représentants de la partie décédée, afin de repousser la demande en reprise, ne pourraient se prévaloir de ce que l'instance était engagée sur une action exclusivement personnelle à leur auteur et non transmissible à ses héritiers, de même que la reprise volontaire de leur part ne pourrait être contestée par ce motif. C'est ce qui fut jugé par arrêt du 28 mai 1746, à l'occasion d'une demande en séparation de corps, reprise par le sieur de Bouillé comme légataire universel de la marquise de Pont-du-Château, qui l'avait intentée. Cette décision se justifie par la raison que les parties sont encore intéressées à faire statuer soit sur les dépens, soit sur les demandes pécuniaires accessoires à l'action

(1) Si l'assignation en reprise était donnée devant un tribunal de commerce, et qu'il y eût contestation sur la *qualité* de la partie assignée, le tribunal devrait surseoir à statuer sur le fond jusqu'à ce que les qualités des parties eussent été réglées devant les tribunaux ordinaires (cod. de proc. art. 426).

(2) V. un arrêt de la cour de cassation du 30 mai 1811, rapporté au Répertoire de jurisprudence, v° *reprise d'instance*, n° 8.

ART.
principale (1). Du reste, dans tous les cas où il 348.
y a contestation sur la reprise, l'incident doit être *jugé sommairement*, sans autres écritures qu'une requête pour proposer la fin de non-recevoir, et une requête en réponse, qui ne peuvent, aux termes de l'article 75 du tarif, excéder six rôles.

Enfin il peut arriver que la partie assignée 349.
en reprise ou en constitution ne comparaisse pas; alors, à l'expiration des délais de l'ajournement, il est rendu jugement qui tient la cause pour reprise, et ordonne qu'il sera procédé suivant les derniers errements, sans qu'il puisse y avoir d'autres délais que ceux qui restaient à courir; de sorte que, si les délais pour signifier des moyens avaient commencé leur cours au moment où l'instance s'est trouvée interrompue, le délai complémentaire courrait à partir de la signification du jugement à la partie assignée. A l'expiration de ce délai le jugement du fond pourrait être poursuivi, sans qu'il fût besoin d'un nouvel ajournement pour appeler le défaillant à procéder sur le fond (2).

(1) Pothier, Traité de la pr. civ., p. 1, ch. 4, s. 3, § 1.

(2) Un arrêt de Bordeaux du 4 février 1829, rapporté au Journal des Arrêts de cette cour, a décidé qu'une

Art. On conçoit d'ailleurs que le jugement au fond ne pourra être rendu qu'après le délai de huitaine fixé par l'article 155 du code; on avait proposé, lors de la discussion du projet, une disposition dans ce sens, mais elle fut rejetée, « parce que, dans le cas particulier, l'art. 155 a son effet comme dans tous les autres (1). »

350. La signification du jugement qui tient l'instance pour reprise devra être faite par un huissier commis, puisqu'il est rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué; et si l'affaire est en rapport, la signification doit énoncer le nom du rapporteur.

Ici se présentent de nombreuses difficultés qui naissent de l'application des principes ordinaires en matière de défauts.

351. Le jugement qui prononce la reprise peut être frappé d'opposition; cette opposition est portée à l'audience, même dans les affaires en rapport; c'est un incident à vider par préalable, et toujours séparément du fond.

nouvelle assignation pour procéder sur le fond devait être donnée, à peine de nullité, après la signification du jugement de reprise. — Non-seulement la discussion du projet du code repousse cette doctrine, mais le texte même de l'article 349 démontre qu'elle ne doit pas être suivie.

(1) Locré, Esprit du code de proc., t. 2, p. 13.

Une première difficulté concerne le délai dans lequel l'opposition devra être formée. Le jugement qui tient l'instance pour reprise est un jugement par défaut *faute de comparaître* ; dès lors l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution (1); il en résulte que, le seul mode d'exécution d'un jugement de cette nature consistant dans la continuation des procédures, la voie de l'opposition sera fermée lorsque les conclusions au fond au- ART.

(1) M. Sirey, dans une dissertation insérée en son Recueil, t. 25, part. 2, p. 247, assimile le jugement par défaut sur la reprise d'instance à un jugement rendu contre une partie qui a constitué avoué ; partant de là, il soutient que l'opposition ne sera recevable que pendant la huitaine de la signification. — Mais la loi, en exigeant la signification du jugement par un huissier commis, indique suffisamment qu'il s'agit d'un jugement par défaut contre partie. D'ailleurs il ne peut rester aucun doute relativement aux délais de l'opposition, lorsque l'on se reporte à la discussion du projet. Dans la disposition primitive de l'article 350, il était parlé de *la huitaine de l'opposition*; mais, « par suite de la différence qui est établie par les articles 155 et suiv. entre les jugements rendus par défaut contre avoués, et les jugements rendus par défaut contre partie, » la section proposa de supprimer ces mots, et ils disparurent de la rédaction définitive.

Art. ront été posées devant le tribunal par la partie qui a fait prononcer la reprise. L'exécution alors est complète autant qu'elle peut l'être (1). Sans doute elle n'est pas opérée à l'aide des différents moyens indiqués par l'article 159; il n'y a eu ni vente de meubles saisis, ni emprisonnement, ni recommandation, etc., circonstances qui suffisent pour fermer la voie de l'opposition au défaillant, bien qu'elles ne constituent qu'un commencement d'exécution; mais on rencontre ici l'exécution définitive, qui, aux termes de l'article 158, empêche l'opposition, quoique l'exécution, dans ce cas, ne présente pas ces caractères d'une solennelle publicité imposés par la loi lorsqu'elle se contente d'une exécution commencée. Enfin, si l'exécution est nécessaire pour mettre le défaillant en demeure de se pourvoir par opposition, la conséquence à tirer, c'est que la péremption de l'article 156 serait applicable au jugement par défaut qui tient l'instance pour reprise, si dans les six mois de sa prononciation la procédure sur le fond n'était pas poursuivie.

Il faut décider également que, si de plusieurs

(1) V. t. 3, p. 80.

parties citées en reprise ou en constitution, les unes comparaissent, les autres font défaut, il y aura lieu à jonction, et le jugement qui, après réassignation, tiendra l'instance pour reprise, ne sera pas susceptible d'opposition. Art. 153.

Mais quelles seront les conséquences de la déchéance du droit de former opposition au jugement de reprise? — Il faut reconnaître qu'elles sont à peu près sans importance. La partie défaillante n'en conservera pas moins le droit de se présenter dans l'instance et de conclure sur le fond; elle pourra toujours, lors du jugement au fond, contester la qualité qui lui a été attribuée, et se prévaloir soit de la péremption, soit du désistement qui auraient anéanti l'instance, puisque tous ces moyens qu'elle eût pu opposer à la demande en reprise s'élèvent également contre les conclusions au fond, et n'ont été ni appréciés ni rejetés lors du jugement sur l'assignation en reprise. Seulement elle ne pourrait plus attaquer cette assignation quant à sa forme.

Si l'on suivait l'opinion de M. Pigeau (1), la déchéance du droit de former opposition au jugement de reprise exercerait sur le jugement

(1) Commentaire, t. 1, p. 616.

ART. du fond une influence notable. D'après lui, ce jugement prononcé sur les seules conclusions de la partie qui a obtenu par défaut le jugement de reprise, aura dans tous les cas la force d'un jugement contradictoire, et ne sera plus lui-même susceptible d'opposition. Il assimile ce jugement à celui qui serait rendu après réassignation. La solution et l'analogie sur laquelle elle repose sont également contestables. L'assignation en reprise ou en constitution n'a d'autre objet que de régulariser la procédure, en mettant les intéressés en demeure de se faire représenter. Supposez que sur cette assignation l'instance ait été reprise par la partie assignée, qui plus tard a refusé de conclure au fond; le jugement qui la condamne serait certainement susceptible d'opposition. Comment dès lors pourrait-on attribuer au jugement qui tient l'instance *pour reprise* une vertu plus grande qu'à la reprise effectuée, plus de puissance à la fiction qu'à la réalité? Le jugement de reprise est isolé du jugement sur le fond; chacun d'eux est soumis séparément aux voies de recours, sans que l'irrévocabilité du premier étende son influence sur l'autorité légale de l'autre.

En terminant cet exposé de la procédure relative aux reprises d'instance et aux constitutions de nouvel avoué, ma dernière parole ne doit-elle pas être l'expression d'une juste critique dirigée contre le système admis par notre code? ART.

Fidèle aux traditions de l'ancienne jurisprudence, il a soumis cette procédure spéciale à des complications que, dans les cas ordinaires, il n'hésite pas à proscrire. Comment justifier cette nécessité d'un jugement distinct qui tient l'instance pour reprise, et d'un second jugement statuant sur le fond? Le jugement de reprise ne fait que constater la non-comparution de la partie assignée (1); le jugement sur le fond adjuge le profit de ce défaut. On pouvait sans doute considérer cette procédure comme rationnelle sous l'empire d'une législation qui séparait en principe la constatation du défaut et la décision sur le fond (2); mais notre code avait, dans l'article 150, introduit un système plus simple:

(1) Les juges ne pourraient même pas examiner le mérite de la demande en reprise : *il sera rendu jugement qui tiendra la cause pour reprise* (art. 349).

(2) V. t. 3, p. 7 et suiv.

Art. le défaut est prononcé à l'audience et les conclusions adjugées par une décision unique.

C'est la marche qu'il eût fallu suivre pour les reprises d'instance (1); un même jugement aurait tenu l'instance pour reprise et statué par défaut sur le fond. Nul inconvénient n'eût pu en résulter, de même que nul avantage ne compense les lenteurs et les complications d'une procédure qui n'est pas en harmonie avec l'ensemble de la loi. — Les innovations pénètrent difficilement dans l'ensemble; elles procèdent d'abord partiellement; l'unité se trouve détruite, et lorsque le législateur croit, pour les autres parties de son œuvre, maintenir seulement ce qui existe, il ne s'aperçoit pas qu'il a fait un pas en arrière.

(1) Il est à remarquer que l'édit de février 1771 contenait une disposition formelle en ce sens, lorsqu'il s'agissait d'une demande en constitution de nouveau procureur : « La partie qui aura été assignée en conséquence, sera tenue de constituer procureur dans les délais qui y seront portés, sinon il sera passé outre au jugement de l'instance, *sur la simple lecture de l'assignation à l'audience;* ou si l'affaire est réglée pour être instruite et jugée par écrit, *sur la remise de l'assignation* au rapporteur. » (Tit. 4, art. 18.)

## CHAPITRE XXIV.

### DU DÉSAVEU.

(Liv. 2, tit. 18, art. 352-362 du cod. de proc.)

L'avoué est le mandataire de la partie. Il Art. n'agit pas en son nom personnel, mais au nom de celui qu'il représente. C'est la volonté de la partie qui donne la force et l'efficacité aux actes du ministère de l'avoué; c'est par la puissance de cette volonté que, dans le quasi-contrat judiciaire, l'avoué oblige son client envers les autres parties, ou celles-ci envers son client (1).

Si cette volonté venait à changer et à retirer la puissance communiquée; si le concours moral du représenté ne vivifiait plus les actes de son mandataire, ils perdraient toute force

(1) Voy., sur la différence qui existe entre le mandat salarié et le louage d'ouvrage, M. Duvergier, t. 4, n° 272, et Zachariæ, t. 3, p. 34.

ART. obligatoire. Le mandataire qui excède ses pouvoirs n'engage vis-à-vis des tiers que sa propre responsabilité (1).

Ce principe, applicable à toute espèce de mandat, est également vrai lorsqu'il s'agit d'apprécier les rapports de l'avoué avec la partie qu'il représente. Semblable à l'acteur du théâtre antique, le plaideur ne se présente pas le visage découvert aux yeux de la justice; mais sous le masque officiel imposé par la loi, c'est sa parole même qui s'élève et que le juge écoute. Qu'il se taise, il ne restera plus qu'une représentation vaine, une effigie muette et inanimée.

La loi, dans certains cas, soumet cependant le plaideur à l'obligation de *désavouer* son représentant, afin de repousser les conséquences des actes émanés de ce dernier. Pourquoi cette nécessité d'un désaveu, lorsque l'officier ministériel a excédé ses pouvoirs? S'il s'agissait d'un mandataire ordinaire, il suffirait de ne pas ratifier ce qui a pu être fait au delà du mandat (2). On emploie souvent, il est vrai, le terme de désaveu dans un sens général, comme dans cette maxime de Loisel : *Qui outre-passe sa*

(1) Code civil, art. 1998.

(2) Code civil, art. 1998.

*charge chet en désaveu* (1). Mais, dans le texte de notre code, il ne faut pas confondre le refus de ratifier avec le désaveu. — Celui qui désavoue dirige par cela même une attaque; il prend le rôle de demandeur et en assume toutes les charges; c'est à lui par conséquent à démontrer, à l'aide d'une procédure entourée de formes solennelles, que le mandataire a dépassé ses pouvoirs. — En refusant de ratifier, on n'attaque pas, on se défend; c'est à celui qui prétend se prévaloir du mandat à justifier son existence, et à prouver que le mandataire n'en a pas franchi les limites. ART.

Un coup d'œil jeté sur les éléments constitutifs du mandat *ad lites* et sur sa nature particulière suffira pour démontrer que les règles ordinaires devaient subir ici des modifications.

Si l'on considère les pouvoirs conférés par la constitution d'avoué, on arrive à classer dans trois catégories distinctes les actes de la procédure judiciaire.

Il est des actes que l'avoué a le droit de faire en vertu de ses seuls pouvoirs légaux;

D'autres actes que le mandat *ad lites* ne lui donne pas le droit de faire;

(1) Institutes coutum. liv. 3, tit. 2, art. 2.

Art. D'autres, enfin, que l'avoué est seulement présumé avoir le droit de faire en vertu de ses pouvoirs légaux, présomption qui peut tomber devant un désaveu.

L'avoué puise dans ses pouvoirs généraux le droit incontestable de faire tous les actes ordinaires de la procédure, de signifier des moyens à l'appui des conclusions de l'ajournement ou des défenses pour les contester, de conclure devant le tribunal, de rédiger les qualités ou d'y former opposition, de signifier même une opposition au jugement par défaut, faute de conclure, rendu contre sa partie, ou de défendre à l'opposition signifiée (1). — Ces actes sont en effet l'exécution directe du mandat *ad lites*. En conférant à l'avoué le droit de la représenter, la partie l'a *nécessairement* autorisé à faire toutes ces procédures, à invoquer toutes ces garanties constitutives de l'instance. Quant à ces actes, le mandat est exprès, car il se trouve écrit dans la loi. Le mandataire ne fait

(1) V. arrêts de Bruxelles du 4 thermidor an XII, Dalloz, Jurisp. génér., t. 5, p. 96; Paris, 15 mars 1810, *ibid*, p. 97; Orléans, 7 avril 1813, J. de pr., 11, 279; et autres rapportés au Dictionnaire d'Armand Dalloz, v° *désaveu*.

que suivre la route déjà frayée et battue par les traces de tous les plaideurs qui ont abordé le prétoire.—Aussi, lorsque l'existence même de son mandat n'est pas contestée, l'avoué, dans tous ces cas, n'a pas à craindre un désaveu; ce qu'il a fait dans les limites que j'ai indiquées, il avait le droit de le faire. ART.

Ce n'est pas qu'à raison de ces actes l'avoué ne puisse être soumis à aucun recours de la part de son client; comme tout mandataire, et plus rigoureusement encore, puisqu'il ne remplit pas un office gratuit, l'avoué répond des fautes commises dans l'exécution de son mandat (1): *A procuratore dolum et omnem culpam præstandum esse, juris auctoritate manifestè declaratur* (2). Il devra réparer le préjudice causé non-seulemeut par des nullités de procédure, mais encore par les actes frustratoires qu'il aurait signifiés dans l'instance (3). Il répondra des déchéances qui par son fait retomberaient sur la partie, et même, suivant les circonstances, de ces procédures hasardées, de ces moyens de défense mal calculés, souvent plus dangereux que l'omission même de toute défense. C'est

(1) Code civ., art. 1992.

(2) L. 13, Cod. *mandati.*

(3) Cod. de proc., art. 132, 293, 1031, etc.

Art. principalement lorsqu'il s'agit du ministère de l'avoué qu'il faut proclamer cet axiome de la loi romaine : *Imperitia culpœ annumeratur* (1).

Mais l'action qui appartient alors au client contre son mandataire ne s'attaque pas au mandat lui-même, car c'est du mandat qu'elle est née; loin de mettre en doute son existence, cette action la suppose et la maintient. Aussi les droits des autres parties ne seront-ils aucunement affectés par ces débats tout personnels entre le mandant et le mandataire; l'action n'a pas pour objet de faire prononcer la nullité des actes faits par celui-ci, mais de lui en imposer la responsabilité : l'avoué n'a pas excédé son mandat, voilà pourquoi la partie se trouve obligée; mais il l'a mal exécuté, voilà pourquoi sa responsabilité.

A côté des actes que j'ai présentés comme l'accomplissement du mandat *ad lites*, il en est d'autres qui excèdent les pouvoirs généraux dont l'avoué se trouve investi. Son caractère officiel s'évanouit en présence de ces actes, qui engagent au plus haut degré la responsabilité de la partie; l'avoué, ne pouvant invoquer ses pouvoirs légaux,

(1) L. 132, ff. *de regulis juris.*

ne puiserait le droit de les faire que dans un mandat exprès et spécial, soumis, dans certains cas, aux conditions de l'authenticité; et précisément parce que le caractère de l'officier ministériel n'ajoute rien pour ces sortes d'actes à la puissance du mandat spécial exigé par la loi, il suit que ces actes, quoique appartenant à l'instance, peuvent être faits par la partie elle-même ou par un mandataire quelconque. On trouvera l'application de ces principes dans les dispositions du code relatives à la procédure du faux incident civil, des récusations d'expert, des renvois pour parenté ou alliance, des récusations de juges, du désistement, de la prise à partie (1). Enfin un article du titre même qui nous occupe (353) fournirait un autre exemple pour l'application du même principe. ART.

Je trouverais également une incapacité d'agir produisant les mêmes effets, bien qu'il s'agisse d'actes qui rentrent dans l'exécution du mandat *ad lites*, si l'avoué qui les a faits était déjà révoqué, et si cette révocation était déjà notifiée aux parties en cause. A partir de cette notification, celles-ci ont bien pu suivre la procédure contre l'avoué révoqué, s'il n'a

(1) Code de proc., art. 216, 218, 309, 370, 384, 511.

Art. été remplacé ; mais elles n'ont dû attribuer aucune valeur aux actes qu'il a pu signifier, car il ne conserve qu'un mandat purement passif ; et l'absence constatée de tout pouvoir pour agir, dispense de le désavouer.

Dans l'application du principe que je pose, il ne peut s'élever aucune difficulté sur l'appréciation des pouvoirs du mandataire.

L'avoué s'est-il présenté, pour faire en vertu seulement de son mandat *ad lites*, les actes pour lesquels un pouvoir spécial est nécessaire, ce n'est pas alors un mandataire qui se présente : *Diligenter fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit, aliud quid facere videtur* (1). Ce n'est plus qu'un tiers agissant par une volonté personnelle dans des intérêts qui ne sont pas les siens, et dont les actes, par conséquent, ne sont opposables ni à celui au nom duquel il déclare agir, ni aux autres parties en cause. Il est donc inutile de le désavouer, puisque ces actes n'ont pas même une valeur apparente qu'il soit nécessaire de détruire ; il suffit que la partie intéressée n'ait pas ratifié ce qui a été fait en son nom.

Les juges ne devraient tenir aucun compte de

(1) L. 5, pr., ff. *mandati*.

ces actes étrangers à la partie. Si leur jugement les prenait cependant pour base, cette violation de la loi pourrait être réparée directement par un appel ou par un pourvoi en cassation. Et même si les dispositions du jugement reposaient sur des procédures faites par un avoué dont la révocation aurait été notifiée aux parties, la voie de la requête civile serait, à défaut de l'appel, ouverte à la partie condamnée, à raison du dol personnel qu'elle pourrait imputer à ses adversaires. Art.

L'avoué avait-il, au contraire, comme toute autre personne eût pu l'avoir, pour faire les actes qui excèdent le mandat *ad lites*, un pouvoir spécial comme l'exige la loi, il ne peut pas être désavoué, car il n'est alors que l'instrument de la volonté manifestée par le mandant.

Entre ces différents actes dont j'ai parlé jusqu'ici, c'est-à-dire ceux que l'avoué a le droit de faire en vertu de son mandat *ad lites* et ceux qui exigent un pouvoir spécial, vient se placer une catégorie nouvelle d'actes pour lesquels on ne peut reconnaître d'une manière absolue ni ce droit certain résultant de la seule constitution d'avoué, ni l'incapacité de les faire en l'absence d'un mandat spécial. Ce sont les

Art. actes que l'officier ministériel est seulement *présumé* avoir le droit de faire. Cette *présomption* peut se changer en une *certitude*, s'il joint à ses pouvoirs généraux un pouvoir spécial ; en l'absence de ce pouvoir, la présomption peut tomber devant un *désaveu*.

352. La loi indique comme rentrant dans cette classe particulière, les actes par lesquels des *offres*, des *aveux* ou des *consentements*, seraient donnés ou acceptés. Leur validité se présume de droit. Elle ne peut être contestée que par celui au nom duquel ils ont été signifiés; son silence est une ratification. Sans doute les autres parties ont intérêt à demander la représentation d'un pouvoir afin d'en constater l'existence (1); mais s'il n'était pas représenté, elles n'auraient pas le droit de se prévaloir de l'absence d'un mandat spécial, que la loi exige, non pas *à peine de nullité*, mais *à peine de désaveu*. Ce qui le prouve d'ailleurs, c'est que, dans le cas où surviendrait un désaveu, l'avoué serait soumis à des dom-
360. mages-intérêts à leur égard, ce qui n'aurait pas lieu si elles avaient à s'imputer à elles-mêmes un préjudice que la loi leur eût fourni le moyen de prévenir.

(1) V. Locré, Esprit du Code de proc., t. 2, p. 18.

Le législateur se trouvait en présence de deux intérêts à concilier : « Il serait impossible, disait la section du tribunat, que la loi distinguât tous les cas où l'avoué pourrait agir en vertu de sa seule constitution, et ceux où il aurait besoin d'être spécialement autorisé; mais, pour concilier ces deux points, *que l'avoué représente la partie* et *qu'il ne puisse lui nuire*, on a introduit l'action en désaveu (1). » — C'est parce que l'avoué représente la partie, qu'il n'est pas tenu de justifier de pouvoirs spéciaux vis-à-vis des parties contre lesquelles il occupe; autrement la nécessité d'exhiber des pouvoirs serait un prétexte à des incidents sans nombre; — c'est parce que l'avoué ne peut pas nuire à son client, que la loi l'avertit de se munir de certains pouvoirs, à peine de désaveu, lorsqu'il s'agit d'actes qui peuvent porter atteinte au droit de celui-ci; bien qu'ils n'aient pas cette tendance provocatrice, ce caractère compromettant des actes pour la *validité* desquels est exigée la *production* d'un pouvoir particulier. Art.

En parlant d'offres, d'aveux ou de consentements, le législateur rend assez transparente la pensée qui domine en lui. Ce sont les actes

(1) V. Locré, Esp. du Cod. de proc., t. 2, p. 17.

ART. présentant le caractère d'un acquiescement ou d'une transaction, qui éveillent ses défiances. Ainsi l'avoué a-t-il reconnu vrais des faits avancés par l'adversaire, ou lui a-t-il déféré le serment; a-t-il lui-même posé des faits et offert de les justifier par témoins, faisant dépendre ainsi du résultat d'une enquête les destinées du procès; a-t-il enfin adhéré aux conclusions prises contre son client, ou abandonné sur quelques points les prétentions de celui-ci; dans toutes ces hypothèses, l'avoué, par la seule puissance du mandat *ad lites*, oblige sans doute son client vis-à-vis de l'autre partie, mais le lien fragile de cette obligation se brise par les effets du désaveu; car d'un côté ces concessions peuvent nuire à la partie, et de l'autre, elle n'avait pas donné pouvoir spécial à cet égard.

On doit considérer comme limitative la disposition de l'article 352; l'officier ministériel ne peut être exposé aux conséquences du désaveu qu'en vertu d'un texte précis. L'article 352 fut rédigé sur la proposition de la section du tribunat, qui crut nécessaire de *spécifier les cas* pouvant donner lieu au désaveu (1). Cependant

(1) Locré, Esp. du Cod. de proc., t. 2, p. 16.

il importe de remarquer que notre texte, en exigeant un pouvoir spécial dans les seules hypothèses indiquées, suppose en même temps l'existence non contestée du mandat général *ad lites*. Quelle règle suivre, quel principe appliquer, si cette existence même est mise en doute ? Art.

Cette question ne peut guère se présenter lorsque l'avoué a été constitué par l'exploit d'ajournement. Il trouve dans cet acte un pouvoir exprès; et si l'on va jusqu'à supposer que cette constitution ait été formulée sans le consentement de la partie, ce n'est pas l'avoué que le désaveu pourrait atteindre, c'est l'huissier rédacteur de l'exploit qu'il faudrait alors entreprendre : à moins qu'il ne résultât des circonstances que l'ajournement est l'œuvre de l'avoué lui-même (1). Mais en l'absence d'un

(1) Il y aurait présomption que l'huissier n'a été que l'intermédiaire de l'avoué, si l'ajournement se rattachait à l'instance originaire dans laquelle occupe déjà l'avoué constitué: par exemple, s'il avait pour objet d'appeler des garants en cause; dans ce cas, l'avoué pourrait être soumis à justifier qu'il a reçu pouvoir d'assigner : car le mandat *ad lites* pour occuper sur l'instance originaire ne s'étend pas nécessairement à la demande en garantie, qui elle-même est principale. — V. arrêt

ART. pouvoir exprès résultant soit de l'ajournement, soit de tout autre acte émané de la partie, la remise des pièces entre les mains de l'avoué ne serait pas toujours équivalente à un mandat. Il peut se faire qu'elles aient été transmises non par la partie elle-même, mais à son insu par une tierce personne; que, confiées à l'avoué par la partie, la remise de ces pièces n'ait eu pour objet que d'obtenir des conseils, et non de mettre l'avoué à même de soutenir un procès.

C'est alors que la difficulté s'élève et réclame une solution.

Ainsi posés, les termes de la question ne présentent que cette alternative : — La partie peut-elle se contenter de dire, je n'avais pas donné pouvoir pour agir, et par là décliner la responsabilité de tout ce qui a été fait en son nom? — ou doit-elle, au contraire, prendre un rôle plus décidé, attaquer les procédures ou le jugement jusque-là réputés valables? La présomption, en un mot, est-elle pour le mandat ou contre le mandat?

Agitée sous l'ancienne jurisprudence, cette

de la cour de cassation du 23 juin 1835, Dalloz, 35, 1, 298.

difficulté était unanimement résolue en faveur de la présomption de mandat, et par conséquent pour la nécessité du désaveu (1). Cette solution est celle qu'il faut suivre. C'est à raison de la position particulière de l'officier ministériel que la loi a principalement introduit l'obligation de le désavouer; elle ne suppose pas que l'avoué ait dépassé ses pouvoirs ou qu'il ait agi sans mandat. Le caractère dont il est revêtu, la responsabilité qu'il encourt, les garanties morales et pécuniaires exigées de lui, enfin l'intérêt des tiers, élèvent en sa faveur une présomption qui ne peut tomber que par l'effet d'une procédure solennelle faisant apparaître une collusion ou une faute. Si l'on considère en effet la position des autres parties en cause, vis-à-vis desquelles l'avoué n'est pas tenu de justifier d'un pouvoir à l'effet de se constituer, on reconnaîtra sans peine que leur intérêt exige un débat contradictoire sur l'existence du mandat; et que, présumé vis-à-vis d'elles avoir agi en vertu d'une autorisation de son client, l'avoué conservera l'apparente qualité de mandataire, tant qu'il n'aura pas été dés- ART.

(1) V. Imbert, Practique civile, liv. 1, ch. 17, n° 40; Pothier, Traité du mandat, ch. 5, art. 1, § 3; Praticien du Châtelet, chap. 11.

Art. avoué. Mais aussi le désaveu, dans ce cas, en s'attaquant au mandat *ad lites*, aura pour effet d'anéantir même les actes qui rentrent ordinairement dans l'exécution de ce mandat. — Il faut donc ajouter à la disposition de l'article 352 l'hypothèse non prévue où l'avoué se serait constitué sans pouvoir (1).

Une observation doit ici trouver place : bien que le but principal de l'action en désaveu soit de faire déclarer non avenus à l'égard de toutes parties les procédures ou le jugement, il n'en sera pas moins nécessaire de prendre cette voie, même lorsque le mandat ne sera contesté que dans les rapports de l'avoué et de la partie : si, par exemple, sous le prétexte qu'elle ne lui avait conféré aucun mandat, la partie refusait à l'avoué le payement des frais de l'instance. Un arrêt de la cour de cassation, qui semble décider le contraire, s'explique par les circonstances de la cause (2).

(1) V. le Dict. d'A. Dalloz, v° *désaveu*, nos 86 et suiv.

(2) L'avoué *d'une commune* avait assigné en garantie 636 individus; la commune n'étant autorisée qu'à défendre à l'action principale et non à former des demandes en garantie, il n'était pas nécessaire d'avoir recours au désaveu, puisque le défaut d'autorisation faisait présumer qu'elle n'avait pas donné de mandat pour assigner. (Arr. du 23 juin 1835, Dalloz, 35, 1, 298.)

Si maintenant, laissant à part les actes qui peuvent donner lieu au désaveu, on s'attache exclusivement à la qualité des personnes qu'il peut atteindre, on se trouve en présence de difficultés nouvelles. ART.

Jusqu'ici j'ai supposé le désaveu dirigé contre les actes de l'avoué ; mais cette voie n'est-elle pas ouverte contre d'autres mandataires (1)? L'huissier, par exemple, dont les actes ont dans la procédure judiciaire une si haute importance, n'est-il pas soumis au désaveu?

L'huissier, dans les actes de son ministère, peut établir des offres, des aveux ou des consentements; il peut se faire même qu'il exploite sans la volonté de la partie. La question n'est pas de savoir si la partie sera livrée sans protection à la tyrannique omnipotence de cet autre officier ministériel : évidemment un remède doit exister; mais ce remède est-il le désaveu?

(1) En ce qui concerne les avocats aux conseils du roi et à la cour de cassation, officiers ministériels qui remplissent des fonctions analogues à celles des avoués, il ne peut s'élever aucun doute; des textes formels les soumettent au désaveu. V. le règlement du 28 juin 1738, titre 9, et le décret du 22 juillet 1806, contenant règlement sur les affaires contentieuses portées au conseil d'État, titre 2, § 5.

Art. Si, pour résoudre une difficulté, il suffisait de tirer une conséquence logique de prémisses incontestables; si l'empire des faits ne venait quelquefois soumettre la rigueur des principes à de tolérantes transactions; si les textes enfin étaient complétement muets, c'est peut-être une solution négative qui devrait prévaloir.

L'huissier est, comme l'avoué, placé dans la catégorie des officiers ministériels; mais leurs pouvoirs cependant ne sont pas les mêmes.

L'avoué, considéré comme mandataire, ne met au service de son client qu'une capacité purement intellectuelle; ses lumières et son expérience sont le seul tribut qu'il apporte aux intérêts de sa partie; il s'identifie avec elle comme le tuteur avec son pupille. Aussi la loi ne lui impose-t-elle pas un rôle impartial; il est, à ses yeux, le champion obligé de la querelle qu'il épouse. Mais c'est précisément à raison de la nature même de ses fonctions, c'est parce que l'avoué n'est que l'interprète et le représentant des intérêts exclusifs de la partie, qu'il ne peut faire pour elle plus qu'elle ne ferait elle-même, si la loi eût permis qu'elle se présentât sans intermédiaire devant la justice. C'est pour cela que l'avoué ne peut constater la vérité matérielle d'aucun fait, ni imprimer

à ses actes un caractère authentique, ni constituer enfin des droits à son client, qu'avec le concours de la partie adverse qui s'oblige, ou par le ministère du juge. Et la preuve que son zèle peut s'exagérer sans danger, c'est que la loi lui permet d'occuper pour lui-même dans un procès qui lui serait personnel. Art.

L'huissier a des pouvoirs d'une tout autre nature. Sans doute il est aussi le mandataire de la partie; sous ce rapport il remplit des fonctions ministérielles : mais, en outre des pouvoirs que la partie lui confère, il exerce encore des pouvoirs publics, et, mandataire de la personne privée au nom de laquelle il agit, il est en même temps le délégué de l'autorité souveraine dans l'accomplissement de son ministère. C'est en vertu de cette délégation qu'il donne une force probante à toutes énonciations relatives à des faits qu'il a mission de constater. Ainsi les indications de la date, de la remise de l'exploit, de la personne entre les mains de laquelle il l'a laissé, seront empreintes du sceau de l'authenticité, et ne pourront être détruites que par la voie de l'inscription de faux (1). Ce caractère public

(1) V. l'ordonnance de 1453, art. 17, et le décret du 14 juin 1813, art. 45.—V. aussi tom. 4, p. 13 et suiv.

Art. dont est revêtu l'huissier exige une complète neutralité entre les intérêts opposés ; car ses actes constituent immédiatement des droits à la partie, en faisant courir des intérêts, en interrompant une prescription, ou en arrêtant une déchéance. Aussi la loi ne lui permet-elle d'instrumenter ni pour lui-même, ni pour ses
66. parents ou alliés jusqu'à un degré déterminé.

Si les actes de l'huissier font foi jusqu'à inscription de faux relativement à celui qui les reçoit, pourquoi cette même force probante ne s'élèverait-elle pas contre la partie qui figure comme requérante ? Pourquoi l'huissier, en constatant qu'il agit par la volonté de la partie, que les consentements, les aveux ou les offres contenus dans l'exploit, sont l'expression de cette volonté, pourrait-il être simplement désavoué par elle, tandis que l'autre partie, pour les énonciations qui la concernent, serait soumise à la voie périlleuse de l'inscription de faux ?

Nos anciens auteurs penchaient pour la nécessité de l'inscription de faux dans l'une et l'autre hypothèse. Fontanon (1), Bugnyon (2),

(1) Sur Mazuer, *Des ajournements*, n° 17.

(2) « L'on adjouste telle foy à l'exploit du sergent que à la citation faite par le prestré. » *Legum abrogat. tract.*, liv. 2, ch. 80.

Philippy (1), n'admettaient le désaveu contre les actes de l'huissier de la part d'aucune des parties; l'avocat général de Marillac soutenait la même doctrine devant le parlement de Paris (2); parmi les auteurs plus récents, on peut citer cette opinion de Despeisses : « Quelque nullité qu'on oppose à l'assignation, on ajoute foi à l'exploit du sergent, en sorte qu'on n'est pas reçu à vérifier le contraire de ce qui y est contenu, soit le défendeur à le nier, ou le demandeur à désavouer le sergent (3) ; » Rodier, sous l'empire de l'ordonnance, soutenait aussi le même principe (4). ART.

Cette opinion était sans contredit la plus conforme à la rigoureuse application du droit. Elle avait cependant trouvé parmi les jurisconsultes et dans la jurisprudence, de persévérantes résistances. Il est facile de les justifier.

(1) Arrêts de conséquence de la cour des aides de Montpellier, art. 97. — Il cite deux arrêts, l'un du 16 juin 1570, l'autre du 4 mars 1589, par lesquels des demandeurs qui disaient n'avoir pas fait ajourner leur partie ne furent pas reçus à désavouer le sergent.

(2) V. Arrêts de Papon, liv. 6, tit. 7, art. 8.

(3) De l'ordre judiciaire ès causes civiles, tit. 1, n° 34.

(4) Sur l'ordonnance de 1667, tit. 2, art. 16, observation 8.

Art. Le droit rencontre ici, comme en tant d'autres hypothèses, un invincible adversaire dans l'opiniâtreté des faits. Attacher à l'exploit la force de l'authenticité vis-à-vis de la partie requérante, c'était imposer à l'huissier l'obligation de prendre directement les ordres de celle-ci ; le soumettre à ne rédiger les actes de son ministère qu'après une communication avec le client lui-même. Mais cette nécessité eût été souvent aussi onéreuse aux parties qu'embarrassante pour l'officier ministériel : une pratique séculaire protestait contre une telle sévérité, contre ce purisme exagéré d'interprétation. Une tolérance favorable aux intérêts des parties permettait à l'huissier d'exploiter sous sa responsabilité, au nom d'une partie qu'il n'aurait même pas connue, sur les ordres transmis par un intermédiaire ; et ce laisser-aller de la pratique dut enlever bientôt à toutes énonciations relatives au requérant, le prestige de l'authenticité. Aussi, à mesure que le temps consacrait cet envahissement des faits, la jurisprudence, prenant une direction nouvelle, substituait à l'inscription de faux la voie plus simple du désaveu. Les auteurs suivaient la même tendance, et la vive lumière d'un principe unanimement accepté succéda

bientôt aux vacillantes lueurs d'une controverse expirante. Guénois, dans sa grande Conférence (1), Rousseaud de Lacombe, dans ses Notes sur Despeisses (2), l'auteur du Praticien (3), Pothier, en son Traité du mandat (4), Pigeau, dans sa Procédure du Châtelet (5), se rangèrent à cette opinion; le code de procédure la trouva toute formée et sous la protection de ces autorités. ART.

Cependant les textes du code ne font nulle mention de l'huissier comme pouvant être soumis au désaveu; mais il ne faut induire de ce silence aucune intention sérieuse. Lors de la discussion du titre du désaveu, la section du tribunat disait : « Les règles posées sont communes aux avoués et aux huissiers (6). » Et si l'on ne voulait pas trouver dans cette explication la pensée manifeste du législateur, les textes conduiraient par voie de conséquence à la même démonstration. Indépendamment de l'article 358,

(1) Tom. 1, liv. 2, tit. 2.

(2) De l'ordre judiciaire, tit. 1, n° 34.

(3) Praticien du Châtelet, chap. 11.

(4) Traité du contrat de mandat, chap. 5, art. 1, § 5, n° 129.

(5) Tom. 1, liv. 2, tit. 2, ch. 2, sect. 3.

(6) Locré, Esprit du code de proc., tom. 2, p. 16.

ART. qui suppose un désaveu concernant un acte sur lequel *il n'y a point d'instance*, ce qui ne peut guère s'entendre que d'un acte extrajudiciaire du ministère de l'huissier, on peut tirer des raisons de décider non moins puissantes de l'article 556 du code.

Aux termes de cet article, la remise de l'acte ou du jugement à l'huissier vaudra pouvoir pour toutes exécutions autres que la saisie immobilière et l'emprisonnement, pour lesquels il sera besoin d'un *pouvoir spécial*. Le caractère public dont l'huissier est investi ne le dispense donc pas, dans certaines hypothèses, de la représentation d'un pouvoir; et sa déclaration qu'il agit à la requête de telle personne désignée, n'est donc pas empreinte du signe de l'authenticité, puisque, suivant l'importance et la gravité des actes, cette énonciation doit trouver un appui soit dans la remise des titres, soit dans un pouvoir spécial (1). Il n'y a dès lors aucune difficulté à permettre la voie du désaveu contre l'huissier qui aurait agi à l'insu de la partie, ou dont les actes tomberaient dans l'application de l'article 352 (2).

(1) On peut tirer un argument analogue de l'art. 562 du cod. de proc.

(2) V. arrêt de la cour de cassation du 27 août 1835; Dalloz, 35, 1, 376.

Mais une autre controverse s'élève sur l'application des principes du désaveu à ces mandataires officieux qui prêtent aux plaideurs auprès des juridictions exceptionnelles un équivoque patronage. Devant les justices de paix, devant les tribunaux de commerce, si les plaideurs ne veulent pas user du droit de comparaître en personne, le mandataire qui les représente, quel qu'il soit, ne peut jamais être considéré comme agissant en qualité d'officier ministériel. Le titre d'*agréé* conféré à certaines personnes qui d'ordinaire reçoivent le mandat des parties devant les tribunaux de commerce, est sans doute une garantie de capacité qui les signale à la confiance des plaideurs; mais les agréés diffèrent des avoués sous des rapports essentiels. L'agréé n'est pas un officier ministériel; son titre n'a rien d'exclusif, son ministère n'a rien de forcé. Devant les tribunaux de commerce, chacun peut comparaître et plaider sans l'assistance d'un agréé, ou même constituer tout autre mandataire. L'agréé n'est après tout qu'un fondé de pouvoirs ordinaire, sans caractère public comme sans privilége; par ses lumières spéciales, il appelle une préférence méritée; il n'a pas le droit de l'imposer. Art.

Art. La difficulté relative au désaveu est donc toujours la même, qu'il s'agisse d'un agréé ou de tout autre mandataire dépourvu comme lui de la qualité d'officier ministériel. Comment doit-elle être résolue ?

Pour appliquer à ce genre de mandataires les principes du désaveu, on a dit qu'il s'agissait dans ce cas d'un véritable mandataire *ad lites ;* que ses pouvoirs devaient donc comporter une certaine élasticité autorisant à supposer que le mandant approuve le fait du mandataire ; qu'enfin celui-ci doit être présumé tenir de la partie le pouvoir de faire tous aveux ou toutes offres se rattachant à l'objet de son mandat, de sorte que la partie sera liée par les jugements intervenus sur ces déclarations, tant qu'elle ne les aura pas désavouées (1).

Mais l'autre opinion me semble mériter la préférence (2). L'action en désaveu n'atteint que les actes faits par l'officier ministériel, en cette qualité : « Le mot désaveu, pris généralement, disait la section du tribunat, peut

(1) V. Favard, v° *désaveu* ; Dalloz, v° *désaveu*, n° 4 ; Carré et Chauveau, Lois de la procédure, question 1296 ; Thomine-Desmazures, tom. 1, p. 558.

(2) C'est l'opinion que suit Pigeau, Commentaire, tom. 1, p. 709.

s'appliquer à toute espèce de mandataire qui a excédé ses pouvoirs. Cependant telle n'est pas l'acception dans laquelle le terme de désaveu est employé dans ce titre : il n'a trait *qu'aux officiers ministériels* qui ont nui à leurs parties en excédant leurs pouvoirs (1). » ART.

Ce n'est pas que le désaveu doive être nécessairement dirigé contre *la personne* d'un officier ministériel : le contraire résulte expressément de l'article 355. Si l'auteur des procédures désavouées avait depuis cessé d'exercer ses fonctions, le désaveu n'en serait pas moins valablement formé contre lui. S'il était mort, le désaveu s'attaquerait à ses héritiers. Il suffit que l'acte soit l'œuvre d'un officier ministériel et qu'il rentre dans les cas prévus par la loi, pour qu'il puisse être désavoué. L'action a pris naissance par la réunion de ces deux conditions, et ne peut être compromise par la rétroactivité d'un événement ultérieur. Il en est autrement lorsque la qualité d'officier ministériel manquait au moment de la confection de l'acte.

Quelle sera donc la valeur de ces actes qui recéleraient en eux le germe d'un désaveu,

(1) Locré, Esprit du code de proc., tom. 2, p. 16.

Art. émanés qu'ils seraient d'un officier ministériel ? Seront-ils nuls *ipso facto ;* seront-ils, au contraire, à l'abri de tout recours, lorsqu'ils procéderont d'un simple fondé de pouvoirs ?

Il faut distinguer.

L'agréé ou toute autre personne se présente devant le tribunal, et, se prévalant de prétendus pouvoirs, plaide pour une partie de laquelle il n'avait pas reçu mandat. La partie condamnée sera-t-elle obligée de désavouer cette apparence de représentant? Non évidemment; à son égard le jugement aura été rendu par défaut, et par conséquent elle pourra l'attaquer directement par voie d'opposition, lors même qu'il eût été qualifié de jugement contradictoire (1). Il est facile de saisir la différence entre cette hypothèse et celle d'un avoué ayant occupé sans pouvoir. L'avoué, pour se constituer, n'a pas besoin de *justifier* d'un mandat, car sa qualité d'officier ministériel élève à cet égard une présomption suffisante qui ne peut tomber que par l'effet du désaveu. Mais, devant les juridictions exceptionnelles, le mandataire est tenu de produire ses pouvoirs. Son mandat doit être exhibé au greffier

(1) V. arrêt de Metz du 25 août 1822, Journal des avoués, tom. 24, p. 288.

du tribunal, et visé par lui (1). Il n'y a dans ce cas aucune présomption à combattre; la représentation d'un pouvoir établira le droit de plaider pour la partie; à défaut de pouvoir émané d'elle, la preuve est suffisamment acquise qu'elle n'a pas été défendue. Art.

Mais supposez l'existence du mandat justifiée : le mandataire, en vertu de ce pouvoir, a fait des offres ou un aveu, ou bien il a donné un consentement, bien que les termes du mandat ne fussent pas exprès à cet égard; faudra-t-il considérer comme non avenues ces témérités du mandataire, et n'en tenir aucun compte? Ce système présenterait de graves inconvénients. Les offres, les aveux, les consentements, rentrent en effet dans la généralité du mandat *ad lites;* et quelle que soit la juridiction devant laquelle on procède, la nature du mandat reste toujours la même, et son

(1) V. Code de commerce, art. 627. — Une ordonnance du 22 mars 1825 fait disparaître toute espèce de doute sur le point de savoir si cette disposition était applicable aux agréés: « Considérant que tout individu, *quelle que soit sa profession ou son titre*, qui plaide devant le tribunal de commerce la cause d'autrui, doit, conformément à l'art. 627, être autorisé par la partie présente, ou muni d'un pouvoir spécial. »

Art. extension n'est pas modifiée. Ces actes, vis-à-vis des parties en cause, sont réputés le fait du mandant; et puisque je lui refuse la voie du désaveu, cette présomption relativement aux intéressés subsistera même en l'absence d'une autorisation spéciale : l'article 352 ne recevra pas ici son application. La partie n'aura de recours que vis-à-vis de son mandataire; les concessions par lui faites seront, suivant les circonstances, le résultat d'un dol ou d'une faute dont il doit la réparation.

Il faut maintenant justifier cette différence entre les actes du simple fondé de pouvoirs et les actes de l'officier ministériel. — Je m'explique facilement la sollicitude de la loi pour les intérêts du plaideur qui devant les tribunaux ordinaires est représenté par un avoué. Enfermé dans le cercle des formalités légales, le plaideur n'a plus alors ni l'indépendance de sa volonté, ni la liberté de ses allures. Il n'a pas le droit de comparaître en personne, et la loi non-seulement lui impose un représentant, mais elle resserre encore dans un nombre limité de personnes le choix permis au plaideur. N'était-il pas juste qu'en le soumettant à ces entraves, la loi le protégeât en même temps contre le préjudice résultant d'un man-

dat qui n'a pas été complétement volontaire ? — Devant les juridictions exceptionnelles, le plaideur est livré à lui-même ; il a pu, à son choix, constituer un mandataire ou comparaître en personne ; aucune restriction dans le choix d'un mandataire ne vient en général donner à sa confiance une direction forcée (1) ; il a investi son représentant d'un mandat *ad lites*, et l'a placé en face de l'adversaire comme le tenant de son droit. C'est à sa propre faute qu'il doit imputer les actes constituant un abus du mandat, puisqu'il était libre de se défendre lui-même ; la voie du désaveu devra par conséquent lui être refusée. ART.

D'après ce qui précède, il ne faut pas une discussion bien étendue pour démontrer que l'avocat ne peut jamais être soumis au désaveu. L'avocat n'est pas un mandataire, encore moins un officier ministériel ; il ne *représente* pas la partie, il la *défend*. Il ne s'agit pas ici d'une distinction affectée de langage, d'une orgueilleuse démarcation inventée par la sus-

(1) V. toutefois l'art. 18 de la loi du 25 mai 1838, d'après lequel aucun huissier ne peut ni assister comme conseil, ni représenter les parties en qualité de procureur fondé, dans les causes portées devant la justice de paix.

Art. ceptibilité de l'esprit de corps. L'avocat n'est pas un mandataire, car le mandat *ad lites* se trouve accompli sans lui, avant que son ministère ait commencé. L'avocat ne stipule pas pour le client, de même qu'il ne l'oblige pas envers les autres. Il n'agit pas au nom de la partie en vertu d'une capacité qu'elle lui ait transmise; mais il agit pour elle, par l'effet de sa volonté propre, en vertu de sa capacité personnelle. L'avoué, maître du procès en sa qualité de mandataire, en assemble les éléments, agrandit ou restreint ses proportions. C'est la partie elle-même qui alors est censée agir : *qui mandat ipse fecisse videtur*. L'avocat au contraire ne dispose d'aucun de ces éléments du procès, il les prendra réunis et façonnés par le représentant du plaideur; et cette œuvre, jetée dans un moule immuable, s'anime sous sa main et reçoit à sa parole la lumière et la vie.

L'avocat n'est donc pas un mandataire, et par conséquent ne peut jamais être soumis au désaveu (1). S'il fallait qualifier la convention

(1) Dans l'ancienne jurisprudence les opinions étaient partagées sur ce point : Rodier admettait le désaveu contre l'avocat, voir ses Questions sur l'ordonn., tit. 35, art. 34, § 10; — Duparc-Poullain, dans ses Principes du droit français, liv. 4, chap. 13, n° 22, et Ferrière, Dic-

qui intervient entre lui et son client, je dirais avec M. Duvergier (1) que c'est plutôt un louage d'ouvrage, *locatio operarum;* tout en réservant l'inaliénable indépendance du génie engageant ART.

tionnaire de droit, v° *avocat*, p. 202, soutenaient l'opinion contraire. Un arrêt du 20 août 1777, rendu sur les conclusions de l'avocat général Séguier, rejeta un désaveu formé contre un avocat.

(1) Tom. 4, n° 272. V. aussi Zachariæ, t. 3, p. 34, note 1.—M. Troplong, dans son Traité du louage, t. 3, n°s 799 et suiv., s'élève avec beaucoup de force contre la doctrine de M. Duvergier. Sa discussion repose principalement sur cette proposition : Le mandat est plus noble que le louage, et répond mieux à l'idée de dévoûment et d'abnégation que présente le ministère de l'avocat. Mais, dans la langue technique du droit, nous ne devons chercher que l'expression des rapports juridiques qui unissent les intéressés. L'avocat se propose, en accomplissant sa mission, de retirer un profit légitime de ses travaux et de ses veilles. Son désintéressement est une qualité morale et personnelle, mais non pas un élément du contrat; et lorsque je veux préciser sa position vis-à-vis de son client, c'est faute d'autre dénomination, pour me servir d'un mot de M. Troplong, que j'emploie celle de *louage*. Si les mots devaient toujours rendre nos appréciations intimes et nos sympathiques émotions, je demanderais comment on qualifiera l'action du médecin qui expose sa vie pour combattre les ravages d'une maladie contagieuse, et si l'on sera quitte envers lui en disant qu'il exécute *un mandat*.

Art. ses services, et le désintéressement resté pur d'une profession toujours respectée.

Les aveux ou les assertions échappés à l'avocat n'auraient, dans le procès, d'importance décisive, que s'ils étaient émis en présence de l'avoué, et si ce dernier ne protestait hautement contre d'imprudentes paroles. S'il gardait le silence, il serait présumé acquiescer aux assertions de l'avocat, qui puiseraient dans le consentement tacite de l'avoué leur principe préjudiciable. C'est l'avoué, en pareil cas, et non l'avocat, qui devrait être soumis au désaveu (1).

Je passe aux formalités de la procédure du désaveu.

Le désaveu peut être formé dans le cours d'une instance encore pendante; — il peut aussi n'être formé qu'après le jugement de l'instance, soit que ce jugement se trouve frappé d'appel, soit qu'étant en premier ressort, l'appel n'ait pas encore été interjeté, soit que le jugement prononce en dernier ressort ou ait acquis l'autorité de la chose jugée. — Enfin le désaveu peut être dirigé contre un acte sur lequel il n'a jamais existé d'instance.

(1) Arrêt de la cour de cassation du 26 avril 1824; Dalloz, v° *désaveu*, p. 103.

Dans le premier cas, le désaveu est *incident;* Art.
dans les deux autres hypothèses, le désaveu est *principal.* — Ces distinctions amèneront des différences dans la compétence du tribunal appelé à statuer sur le désaveu, dans la forme de procéder, dans les délais pour se pourvoir, et dans les effets produits par le désaveu déclaré valable. J'aurai bientôt à signaler ces différences.

Mais, quelle que soit sa nature, et sans se 353.
préoccuper de ces distinctions, il est une formalité préalable, solennelle dans son accomplissement, commune à tout désaveu incident ou principal, exigée pour le constituer, et donner une consistance légale à cette grave protestation du mandant contre le mandataire, du client contre l'officier ministériel.

Cette formalité consiste dans une déclaration faite au greffe du tribunal compétent pour connaître du désaveu qu'elle contient. Cette déclaration se fait par un acte signé de la partie ou du porteur de sa procuration spéciale et authentique (1). La loi a pris cette précaution, pour

(1) La loi ayant exigé *la signature* de la partie ou de son mandataire, il ne suffit pas que le greffier constate que la personne qui s'est présentée pour désavouer a déclaré ne savoir signer.

ART. qu'un désaveu ne soit pas légèrement tenté, et pour que la procédure qu'il comporte ne puisse elle-même plus tard être désavouée. L'acte de désaveu doit contenir les moyens, conclusions et constitution d'avoué.

Cette déclaration faite, l'instance va s'engager, sans qu'il soit nécessaire de tenter la conciliation (1). L'instance en désaveu intéresse l'ordre public, puisqu'elle peut compromettre le caractère d'un officier ministériel et le soumettre à des peines plus ou moins graves.
359. C'est le même motif qui impose la communication au ministère public de toute demande en désaveu.

Mais, à part l'observation de ces règles communes à toute espèce de désaveu, les formes varieront suivant qu'il présentera les caractères d'une action principale ou incidente.

La première hypothèse dont s'occupe le code est celle du désaveu incident.

Pour prévenir les conséquences d'offres ou d'aveux qu'elle n'avait pas autorisés, la partie se hâte, alors que l'instance est encore pen-

(1) Une disposition expresse du projet dispensait la demande en désaveu du préliminaire de conciliation. Cette disposition fut retranchée comme inutile.—Voir Locré, Esp. du cod. de proc., tom. 2, p. 24.

dante, de faire au greffe la déclaration voulue Art.
par l'article 353; puis elle la signifie par acte 354.
d'avoué, tant à l'avoué qui occupait pour elle et contre lequel le désaveu est dirigé, qu'aux avoués des autres parties en cause. — On en comprend la raison : l'officier ministériel dont les actes donnent lieu au désaveu est partie intéressée pour y défendre; il s'agit pour lui non pas d'un simple intérêt d'argent, mais d'un intérêt d'honneur qui lui assigne dans ce débat le rôle principal. Le désaveu doit de plus être notifié aux autres avoués du procès originaire, car son effet, s'il est déclaré valable, sera d'enlever à toutes parties le bénéfice des offres ou de l'aveu qui y ont donné lieu; elles sont donc intéressées à faire rejeter le désaveu, pour conserver dans l'instance les avantages de leur position.

Ce n'est donc pas par voie d'ajournement que s'introduit la contestation incidente sur le désaveu. Les parties défenderesses sont toutes légalement représentées, puisque l'avoué défendeur au désaveu a qualité pour occuper dans son propre intérêt, et que les autres parties sont déjà représentées dans la cause. Cette procédure n'étant alors qu'une partie intégrante de l'instance originaire, la com-

Art. pétence du tribunal s'étendra naturellement à l'action incidente en désaveu. — Sur la notification qui leur est faite, toutes parties, après les écritures d'usage (1), viendront plaider sur l'incident ; je dirai plus tard quelles sont les conséquences du jugement, suivant qu'il rejette le désaveu ou le déclare valable.

355. Mais cette forme incidente ne peut plus être suivie, si vous supposez que l'avoué sujet au désaveu n'exerce plus ses fonctions, ou qu'il soit décédé au moment où apparaît la nécessité de le désavouer; il faut alors recourir à la forme de l'ajournement : si l'avoué n'exerce plus, le désaveu sera signifié avec exploit à son domicile; est-il décédé, c'est à ses héritiers que la signification sera faite, avec assignation, dans l'une et l'autre hypothèse, à comparaître devant le tribunal où l'instance originaire est pendante. Quant aux parties de l'instance, il suffit, comme précédemment, de leur notifier le désaveu par acte d'avoué à avoué.

Telles sont les dispositions applicables au désaveu incident; les règles concernant le dés-

(1) V. les art. 77 et 78 du cod. de proc., et l'art. 75 du Tarif.

aveu principal présentent une plus grande complication. Art.

La première hypothèse qui se présente alors est celle-ci : l'instance dans laquelle a été signifié l'acte qui donne lieu au désaveu se trouve terminée par un jugement, et le procès est actuellement pendant devant les juges d'appel; c'est alors seulement que la partie s'avise de diriger un désaveu contre la procédure faite devant les premiers juges. Par qui le désaveu devra-t-il être jugé? La loi pose à cet égard un principe général : le désaveu sera toujours porté au tribunal devant lequel la procédure désavouée aura été instruite. Et quoique l'instance originaire soit maintenant soumise aux juges d'appel ; quoique le désaveu survienne pendant qu'ils sont encore saisis; quoique les conséquences du désaveu doivent exercer sur le procès une influence décisive, le principe posé reçoit néanmoins son application, et la procédure en désaveu, au lieu d'être soumise incidemment aux juges supérieurs, sera portée par voie principale devant les juges qui ont rendu le jugement attaqué. 356.

Quelques auteurs qualifient d'incident le désaveu qui survient dans cette hypothèse. Ce

Art. n'est là sans doute qu'une discussion de mots. Néanmoins, si j'ai cru devoir le considérer comme principal, c'est que, porté devant un tribunal qui n'est plus saisi du fond, il doit alors nécessairement et naturellement être notifié *par exploit* tant à l'avoué intéressé qu'aux parties de l'instance encore pendante, lesquelles doivent être appelées dans la procédure en désaveu. D'ailleurs, ainsi que je l'expliquerai, le jugement du désaveu peut avoir pour résultat d'arrêter les poursuites sur l'appel, et de terminer éventuellement toute contestation (1); de sorte que, si j'avais à qualifier l'instance en désaveu dans ce cas, je dirais plutôt
357. qu'elle est *préjudicielle*, puisqu'elle tient en suspens l'instance sur le fond. On doit, en effet, surseoir à toute procédure et au jugement de l'instance jusqu'à la décision sur le désaveu. La peine de nullité est attachée à toute infraction à cette règle. Cependant les juges pourront déterminer un délai pendant lequel le désaveu devra être jugé; ce délai expiré, les juges auront la faculté de passer outre.

La même nécessité de surseoir se présenterait encore en admettant une autre hypothèse

(1) V. *infrà*, p. 296.

qui rentre également dans les prévisions des articles 356 et 357. Supposez en effet que dans le cours d'une instance on veuille se prévaloir, contre l'un des plaideurs, d'un acte par lequel, dans une instance précédemment engagée avec d'autres parties, il aurait consenti à prendre telle qualité, par exemple celle d'héritier. Pour conjurer les effets de cette qualité que son avoué avait reconnue pour lui à son insu, le plaideur aura recours au désaveu, et saisira de son action le tribunal devant lequel a été instruite la procédure désavouée ; dans l'instance en désaveu, devront figurer avec l'avoué dont les actes y ont donné lieu, les parties de l'instance précédente. Le désaveu devra de plus être dénoncé aux parties de l'instance actuellement pendante, qui seront appelées dans celle du désaveu. — Jusqu'à ce qu'une décision soit intervenue, les juges saisis du nouveau procès seront tenus de surseoir à peine de nullité (1). ART.

(1) On conçoit qu'il n'y a obligation de surseoir que lorsque les actes désavoués pourraient avoir quelque influence sur le jugement de la contestation nouvelle ; — la nullité des procédures faites au mépris du sursis imposé par la loi devrait être prononcée par les juges devant lesquels elles ont été faites; quant à la nullité

Art. Une autre hypothèse dans laquelle le désaveu sera principal encore, se présente lorsqu'on le suppose formé à l'occasion d'un jugement qui n'est frappé d'appel ni de requête civile, ou même sur lequel, avant le désaveu, un arrêt serait déjà intervenu. Le désaveu, dans ce cas, ne se rattache à aucune instance actuellement existante. On verra bientôt que cette hypothèse, conciliable avec les principes nouveaux de notre code, ne pouvait se réaliser sous l'empire de l'ancienne jurisprudence (1). — Le désaveu, alors, sera notifié par exploit à l'avoué qui aurait excédé ses pouvoirs, et aux parties en faveur desquelles serait intervenu le
356. jugement; quant au tribunal qui doit être saisi de l'instance en désaveu, ce sera toujours le tribunal devant lequel la procédure désavouée aura été instruite; de sorte qu'elle sera portée devant le tribunal de première instance, même dans le cas où serait intervenu un arrêt basé sur les actes de la procédure faite devant les premiers juges.

du jugement rendu avant la décision sur le désaveu, elle devrait être poursuivie, suivant les circonstances, par voie d'opposition, d'appel ou de requête civile.

(1) V. *infrà*, p. 297.

Enfin la dernière hypothèse d'un désaveu principal est celle où le désaveu concerne un *acte sur lequel il n'y a point instance*. Cette hypothèse ne peut se réaliser que lorsqu'il s'agit d'un acte extrajudiciaire, tel qu'un procès-verbal d'offres préjudiciable aux intérêts de la partie au nom de laquelle l'huissier déclare agir. C'est en effet aux actes du ministère des huissiers que doit s'appliquer cette précision nouvelle. La compétence, dans ce cas, ne peut pas être déterminée d'après le principe général que le désaveu est porté au tribunal devant lequel la procédure désavouée a été instruite, car l'acte objet du désaveu n'a figuré dans aucune instance; alors c'est la règle du droit commun qui reparaît: la demande en désaveu sera portée au tribunal du défendeur, c'est-à-dire au tribunal du domicile de l'huissier rédacteur de l'acte. Art. 358.

Il faut donc bien se garder de confondre, relativement à la compétence, le cas où *il n'y a plus* d'instance, et le cas où *il n'y en a jamais eu*; bien que l'instance soit terminée par un jugement, c'est toujours au tribunal devant lequel la procédure a été faite, soit au premier, soit au second degré de juridiction, à connaître du désaveu qu'elle aura fait naître plus tard: cette hypothèse est celle qui précède. Par con-

Art. séquent c'est exclusivement dans le cas où nulle instance n'a été introduite que le domicile du défendeur fixe la compétence, sauf à appeler dans la cause, quoique la loi garde le silence à cet égard, ceux qui pourraient être intéressés au maintien de l'acte désavoué. Ce n'est pas, en un mot, parce que le désaveu sera principal ou incident que la compétence devra varier, mais parce que le désaveu frappera tantôt un acte qui est ou a été l'objet d'une instance, tantôt un acte auquel nulle instance ne se rattache.

D'un autre côté, il ne faut pas croire que les actes de l'huissier n'appartiennent jamais à la procédure judiciaire, et qu'il ne puisse se trouver soumis, par suite d'un désaveu, à la compétence d'un tribunal autre que celui de son domicile. Le désaveu porte-t-il sur un ajournement? l'huissier doit être appelé devant le tribunal que son exploit avait saisi; est-il dirigé contre un acte d'appel? l'huissier devra défendre au désaveu devant la cour royale, sans qu'il puisse invoquer la règle des deux degrés de juridiction; s'agit-il même d'un acte extrajudiciaire, tel qu'un commandement ou une sommation? il suffirait que les parties voulussent s'en prévaloir dans le cours d'une instance,

pour que le désaveu qui tendrait à neutraliser ses effets dût être soumis au tribunal où l'instance est actuellement pendante. — Alors le désaveu, quoique dirigé contre un huissier, est incident à une instance principale, et par conséquent doit être notifié par acte d'avoué aux parties intéressées; mais l'huissier soumis au désaveu, à la différence de l'avoué, ne figure pas dans l'instance; il faut donc, pour le mettre en demeure de comparaître, recourir dans tous les cas à la forme ordinaire de l'ajournement. Art.

Les différences signalées entre les diverses hypothèses dans lesquelles est formé le désaveu, se reproduisent encore relativement aux délais accordés pour agir.

La loi n'a déterminé le délai pour intenter l'action en désaveu que dans un cas unique: celui où le désaveu est formé à l'occasion d'un jugement ayant acquis *l'autorité de la chose jugée.* A défaut de règle spéciale pour les autres cas, c'est le droit commun qui les gouverne.

Nulle difficulté ne peut s'élever lorsque le désaveu est incidemment dirigé contre des actes signifiés dans le cours de l'instance. Il fait alors partie de l'instance elle-même, et peut se produire à toutes les phases de la pro-

Art. cédure (1). Il ne pourrait s'élever d'autre fin de non-recevoir contre le désaveu incident, que celle résultant de l'approbation expresse ou tacite donnée aux actes qui en seraient l'objet : *ratihabitio mandato æquiparatur*.

Aucune question de délai ne peut non plus se présenter lorsque le désaveu est intervenu après un jugement susceptible d'opposition ou d'appel, ou déjà frappé de ces moyens de recours; car, ainsi qu'on va le voir, même dans le cas où le jugement a acquis force de chose jugée, le droit de former le désaveu survit encore pendant un temps déterminé.

362. Ce délai, lorsqu'il s'agit d'un désaveu formé à l'occasion d'un jugement ayant acquis l'autorité de la chose jugée, est de huitaine, à dater du jour où le jugement *doit être réputé exécuté aux termes de l'article* 159. — Ces derniers mots exigent une interprétation.

(1) Le désaveu deviendrait sans objet et disparaîtrait avec l'instance principale, si la péremption était prononcée. La péremption emportant extinction de la procédure, on ne pourrait se prévaloir plus tard des aveux ou des reconnaissances que contiendraient les actes de la procédure éteinte. Je reviendrai sur ce point.—V. Cod. de pr., art. 401, et Locré, Esp. du cod. de pr., tom. 2, p. 71.

La huitaine après laquelle le désaveu ne peut plus être reçu ne court pas du jour où l'autorité de la chose jugée se trouve définitivement acquise, mais du jour seulement où le jugement même *contradictoire* sera parvenu à la connaissance de la partie, au moyen de ces actes solennels d'exécution qui mettraient un défaillant en demeure de former opposition. ART.

Pourquoi transplanter dans cette matière spéciale du désaveu des règles introduites pour des prévisions d'une autre nature ? Pourquoi donner à une partie ayant constitué avoué, et contradictoirement condamnée, les mêmes garanties qu'à la partie qui n'a jamais comparu et qui est présumée ignorer l'existence même du procès ? — Le motif de la loi est facile à saisir. En partant de ce principe, que le délai pour former l'action en désaveu courrait du jour où le jugement serait connu de la partie condamnée, on devait repousser l'application des règles ordinaires, qui, pour atteindre ce but, n'exigent qu'une simple signification. La partie qui recourt à ce remède extrême du désaveu se trouve, par la nature même de ses griefs, dans une position exceptionnelle. On ne peut pas dire qu'elle ait été représentée dans l'instance, car le désaveu met précisément en ques-

Art. tion l'existence du mandat, ou impute au mandataire l'abandon des intérêts de son client. — Voilà pourquoi la loi considère la partie comme isolée de toute protection, et fait courir les délais non pas à partir d'une connaissance purement légale du jugement qui la condamne, mais du jour où cette connaissance a été matériellement acquise. Il ne suffirait pas, d'ailleurs, de déclarer le désaveu au greffe dans le délai de huitaine ; il faudrait encore, dans le même délai, le porter par une notification à la connaissance des parties intéressées (1).

Quand le jugement aura-t-il acquis l'autorité de la chose jugée dans le sens de l'article 362 ?

Cet article doit recevoir son application, d'abord lorsqu'il s'agit d'un jugement en dernier ressort, ou lorsque la procédure désavouée a été faite sur l'appel ;

Il faudra l'appliquer encore, lorsque, le jugement étant en premier ressort, les délais de l'appel seront expirés, ou le jugement confirmé

(1) La huitaine de l'article 362 n'est pas franche, puisque le désaveu ne peut être reçu après la huitaine expirée, mais ce délai reçoit une augmentation à raison des distances ; — c'est le même principe que pour la réitération de l'opposition à un jugement par défaut, faute de comparaître. V. t. 3, p. 127.

par un arrêt; peu importerait que le délai du pourvoi en cassation ou de la requête civile ne fût encore pas expiré; ART.

Enfin, lorsque le jugement en premier ressort aura été exécuté avant l'expiration des délais d'appel. L'exécution aura le double effet de conférer au jugement l'autorité de la chose jugée et de faire courir les délais du désaveu.

Mais remarquez qu'il ne peut s'agir dans toutes ces hypothèses que d'une exécution imposée à la partie condamnée, et non d'une exécution volontaire et spontanée de sa part, emportant l'idée d'un acquiescement qui élèverait contre le désaveu, de même que contre toute voie ordinaire ou extraordinaire de recours, un obstacle insurmontable.

Supposez maintenant le désaveu dirigé contre un acte sur lequel il n'a jamais existé d'instance : tant que cet acte n'aura pas été expressément ou tacitement approuvé, l'action en désaveu se conservera menaçante; elle aura la même durée que l'existence légale de l'acte, et ne sera éteinte que lorsque le temps aura fait disparaître les conséquences préjudiciables qu'il devait produire. — Le droit de former le désaveu, né au moment de la confection de

ART. l'acte, se perpétue avec lui, comme la défense s'attache à la demande, pour protester incessamment contre elle et neutraliser ses effets.

Le désaveu a été formé suivant les règles qui viennent d'être indiquées, et porté en temps utile devant le tribunal compétent pour en connaître; la cause a été instruite, le ministère public entendu; il s'agit maintenant de préciser les effets du jugement qui prononce sur sa validité.

361. Si le désaveu est rejeté, si, par exemple, l'acte émané de l'officier ministériel n'est pas de ceux pour lesquels un pouvoir spécial eût été nécessaire, ou si ce pouvoir spécial avait été conféré, alors les actes de la procédure désavouée conservent dans l'instance leur influence et leur portée, et pourront servir de base à la décision à rendre sur le fond;—ou bien, si l'on suppose qu'à l'époque du désaveu le jugement au fond était déjà prononcé, la chose jugée reprendra sa force exécutoire et son autorité momentanément suspendues par l'effet de l'action en désaveu. Mais ce n'est pas impunément que celui qui succombe dans cette action aura imposé à ses adversaires les lenteurs préjudiciables qu'elle entraîne, ou qu'il aura jeté les om-

bres d'un doute accusateur sur la loyauté de son Art.
représentant. Le désavouant qui succombe pourra, suivant les circonstances, être condamné envers le désavoué et les autres parties en tels dommages et réparations qu'il appartiendra; et pour donner à la réparation la même publicité et la même forme solennelle qu'à l'accusation, la loi veut que dans tous les cas il soit fait mention du jugement de rejet, en marge de l'acte de désaveu, sur les registres du greffe.

Le désaveu est-il au contraire déclaré valable? il faut, pour apprécier l'étendue de ses effets, distinguer plusieurs hypothèses. 360.

S'il a été incidemment formé dans le cours de l'instance, les actes contre lesquels il est dirigé n'ont pas encore subi l'irrévocable appréciation du juge; ils n'appartiennent pas d'une manière définitive au monument judiciaire qui doit s'élever pour consacrer les droits des parties. Les choses sont encore entières, et l'anéantissement de ces actes frappés du désaveu n'amènera dans l'application des principes ordinaires aucune perturbation, nul conflit entre des présomptions légales de nature à se combattre. — Le désaveu s'attaque-t-il à l'acte introductif d'instance? le procès se trouve

Art. accidentellement terminé, car il n'existe plus de demande. — Est-il dirigé contre un acte de l'instruction? cet acte sera considéré comme n'existant pas, et n'exercera aucune influence sur le jugement du fond. — C'est bien réellement dans l'hypothèse où il survient pendant le cours d'une instance que l'on peut considérer le désaveu comme un *accident* du procès, soit que l'instance entière disparaisse avec le plaideur qui proteste contre le rôle de demandeur qu'on lui prête, soit qu'un acte seulement de la procédure s'écroule devant un désaveu partiel.

Aucune difficulté ne se présente encore, si le désaveu, quoique principal, concerne un acte sur lequel il n'a jamais existé d'instance. L'examen de cet acte est soumis pour la première fois au juge par l'action même du désaveu. L'indépendance du juge est donc entière, puisqu'à l'appréciation des pouvoirs de l'officier ministériel ne viennent pas se joindre les difficultés résultant de droits judiciairement reconnus à des tiers sur le fondement de l'acte frappé du désaveu. Le jugement qui, en déclarant le désaveu valable, enlèvera à cet acte toute puissance obligatoire, n'aura pas à détruire l'autorité d'une précédente décision.

Mais on touche à de graves difficultés, on met en présence des intérêts également respectables, on évoque enfin les traditions oubliées de notre ancienne jurisprudence, lorsqu'on veut rechercher les effets produits par le désaveu dirigé contre des actes sur le fondement desquels est déjà intervenu un jugement. ART.

Le jugement dont les dispositions ont donné lieu au désaveu peut avoir acquis l'autorité de la chose jugée; — il peut se faire que cette autorité ne lui soit pas encore acquise, —ou même que le jugement soit attaqué devant la juridiction supérieure.

La loi cependant ne distingue pas; si le désaveu est déclaré valable, le jugement ou les dispositions du jugement relatives aux chefs qui ont donné lieu au désaveu, demeureront *annulées et comme non avenues*.—Ainsi le jugement avait-il acquis l'autorité de la chose jugée, cette autorité disparaît de plein droit; le juge, en déclarant le désaveu valable, détruit lui-même son œuvre, et anéantit implicitement toutes les dispositions qui ont donné lieu au désaveu. — Le jugement n'avait-il pas l'autorité de la chose jugée, il est inutile de l'attaquer devant les juges supérieurs, puisque le désaveu satisfait à tous les intérêts de la partie

Art. condamnée, sans qu'il soit nécessaire de prononcer une réformation. — Si les dispositions qui donnent lieu au désaveu sont déjà frappées d'appel lorsque le désaveu est formé, il faudra décider que, déclaré valable, son effet sera d'anéantir le jugement ou les dispositions du jugement auxquelles il s'attaque; de sorte que les juges supérieurs, qui avaient dû surseoir, se trouveront dessaisis à la seule représentation du jugement sur le désaveu, puisque, la sentence qui leur était soumise se trouvant non avenue, la matière manquerait à leur juridiction. Il ne leur resterait à apprécier que les dispositions échappées aux atteintes du désaveu. —Enfin, si l'on suppose qu'un arrêt souverain soit basé sur un acte de la procédure instruite devant les premiers juges, la validité du désaveu prononcée par ceux-ci, d'après les règles de compétence précédemment établies, entraînera virtuellement l'annulation de l'arrêt émané des juges supérieurs!

Sous ce point de vue, le désaveu produirait indirectement les mêmes effets que les voies de recours ouvertes contre les jugements. Uniquement dirigé contre les actes de la procédure, il entraîne avec elle dans une ruine com-

mune les jugements élevés sur cette base anéantie. Ainsi la décision qui accueille le désaveu annule toutes les dispositions qui y ont donné lieu, quand bien même cette annulation ne serait pas exprimée; c'est une nullité de droit opérée par la seule force de la loi. ART.

Ce n'est pas ainsi que l'entendaient les maîtres de la science sous l'empire des anciens principes. A leurs yeux, le désaveu n'était qu'un moyen d'instruction pour arriver, à l'aide des voies ordinaires de recours, à la réformation ou à la rétractation du jugement. Les juges, en déclarant le désaveu valable, ne détruisaient pas en même temps la sentence déjà proclamée; seulement ils fournissaient aux parties une arme pour la renverser. La validité du désaveu reconnue, il restait encore à vérifier si le jugement rendu sur la prŏcédure désavouée devait ou non tomber avec elle; cette appréciation se faisait sur l'appel ou sur l'opposition, si ces voies étaient ouvertes contre le jugement; sinon, par le moyen de la requête civile.

« Si l'on veut desadvouer un procureur avec lequel la sentence ou appointement est donné, faut que l'on se porte appellant de la sentence, comme estant nulle et donnée avec un non-procureur de l'appellant, par protestation de

ART. non approuver ledit procureur ne ladite sentence, ains appeller de ladite sentence, pour ce que sans appeller, il ne pourroit impugner ladite sentence par nullité, selon le stile de France. Et ne suffit à l'appellant de dire que le procureur n'avoit point de mandement, ains faut qu'expressément l'appellant le desadvoue. Et ainsi fut reçu un appellant à desadvouér son procureur par la cour de parlement le premier jour de décembre 1544, plaidant maistre Christofle de Thou, lors l'un des plus notables advocats de la cour, et à présent président très-excellent en la grand'chambre (1). »

S'agissait-il d'un arrêt ou d'un jugement rendu en dernier ressort, c'était alors une ouverture de requête civile, « s'il avait été jugé sur des offres ou consentements qui aient été désavoués et le désaveu jugé valable (2). »

Telle était la marche indiquée par l'ancienne jurisprudence; il ne peut s'élever aucun doute sur l'intention qu'ont eue les rédacteurs du code de répudier ses traditions. Dans l'exposé des motifs du titre de la requête civile, l'orateur expliquait ainsi la différence de rédaction entre

(1) Imbert, Practique civile, liv. 1, ch. 17, nº 40.

(2) Ordonnance de 1667, tit. 35, art. 34.

l'art. 34 du titre 35 de l'ordonnance et l'art. ART.
480 du code de procédure : « On avait dans cette ancienne loi mis au nombre des ouvertures de requête civile le cas où un jugement aurait été donné sur des offres ou sur des consentements contre lesquels il y aurait eu un désaveu jugé valable. On a tracé dans le présent code, à l'égard de la procédure en désaveu, *une marche plus simple et plus expéditive que la requête civile* (1). »

Cette innovation est-elle heureuse? il est permis d'en douter. Qu'un jugement ait été rendu sur le fondement de pièces depuis reconnues fausses, la déclaration juridique de la fausseté de pièces n'entraînera pas de plein droit la nullité du jugement ; on se pourvoira par appel 448.
ou par requête civile, et le jugement conser- 480.
vera toute sa puissance jusqu'à ce qu'il ait été mis à néant ou rétracté par les juges investis du droit de l'apprécier. Il serait difficile de signaler une différence entre l'hypothèse où il a été jugé sur pièces fausses, et celle où il a été jugé sur des actes désavoués par la partie. Dans les deux hypothèses le juge a été trompé;

(1) Discours de M. Bigot-Préameneu au corps législatif (séance du 7 avril 1806).

Art. dans l'une comme dans l'autre, il ne devait pas tenir compte des actes qu'il a acceptés comme éléments du procès et comme base de la sentence : et pourtant dans un cas il y a nécessité de se pourvoir contre le jugement ; dans l'autre, le jugement est comme non avenu.

L'autorité de la chose jugée a pour base une présomption légale ; et cette présomption de vérité qui s'attache à la sentence ne devrait disparaître que par l'effet d'une attaque directe ; elle est assez puissante pour n'être pas anéantie par simple voie de conséquence. La loi admet ici un système expéditif et tranchant, qui se concilie mal avec le principe salutaire de la stabilité des jugements. Sans doute il peut se faire que les erreurs des juges commandent inexorablement le sacrifice de la sentence ; mais au lieu de l'ensevelir sans bruit dans une fiction légale, il convient de lui préparer de solennelles funérailles : *Si fortè rescindi necesse sit, saltem sepeliuntor cum honore* (1).

360. Le jugement qui déclare le désaveu valable entraîne en même temps des conséquences accessoires qu'on a dû facilement pressentir.

L'officier ministériel contre lequel a été di-

(1) Bacon, *Exemplum tractatûs de justit. univers.*

rigé le désaveu déclaré valable est soumis par son propre fait à une triple responsabilité. Art.

Vis-à-vis de sa partie, soit qu'il ait agi sans mandat, ou qu'il en ait excédé les limites, il répond du dol ou de la fraude résultant des actes faits au nom de celle-ci (1);

Vis-à-vis des parties adverses, c'est un mandataire qui les a trompées sur l'étendue de ses pouvoirs, et qui doit être personnellement soumis à la garantie pour tout ce qu'il a fait en dehors de son mandat (2);

Vis-à-vis de la société, il doit rendre compte de l'accomplissement de son ministère, et subir les conséquences d'une prévarication que peut faire présumer le succès du désaveu.

La responsabilité de l'officier ministériel doit donc être examinée à ces divers points de vue.

Les dommages-intérêts dus au désavouant ne peuvent être que la réparation d'un préjudice souffert. Il ne faut pas en effet poser à cet égard une règle absolue. Le résultat principal du désaveu jugé valable est d'effacer les actes ou d'anéantir les jugements attaqués. L'intérêt le plus important se trouve par là satisfait; de sorte qu'il faudra pour légitimer la demande en

(1) Code civ., art. 1989 et 1992.

(2) Code civ., art. 1997.

Art. dommages-intérêts, justifier d'un préjudice subi pendant l'existence éphémère des actes désavoués, et qui subsiste encore après leur annulation : comme si la partie avait été soumise à des voies d'exécution, en vertu du jugement obtenu contre elle, ou si les procédures désavouées étaient de nature à porter atteinte à son crédit ou à son honneur.— Les tribunaux auront d'ailleurs à apprécier la bonne foi de l'officier ministériel, puisque la loi leur permet de se déterminer suivant *la gravité du cas et la nature des circonstances* (1).

Cette responsabilité comporte, vis-à-vis des autres parties, une plus large extension. Le désaveu, en restituant l'un des plaideurs contre le préjudice qu'il éprouve, enlève aux autres le bénéfice d'actes ou de jugements jusque-là présumés valables. — Cependant je n'admettrais pas que l'officier ministériel dût, dans tous les cas, des dommages-intérêts équivalents à l'avantage que les parties eussent retiré de ces actes, s'ils n'avaient pas été désavoués. On devrait prendre en considération les chances plus ou moins favorables, et le mérite de leurs prétentions au fond, abstraction faite des actes qui ont donné lieu au désaveu. Mais, dans tous les cas,

(1) Arrêt de cass. 27 août 1835 ; Dalloz, 35, 1, 376.

l'officier ministériel devrait supporter les frais Art. des procédures désavouées, et ceux de l'action en désaveu (1).

L'officier ministériel doit une autre satisfaction à des intérêts d'un autre ordre. Il encourt l'interdiction, ou peut même être poursuivi *extraordinairement*, suivant les circonstances. Les paroles de l'orateur du tribunat sont le meilleur commentaire de ce texte menaçant : « Il serait trop sévère d'attacher toujours l'idée de la prévarication à celle du désaveu, et de prononcer une peine aussi rigoureuse contre ce qui pourrait n'être l'effet que de l'inconsidération ou de l'excès du zèle, que contre l'effet d'une collusion qu'on ne doit pas présumer. Cet objet est confié à la prudence du juge et à la surveillance autant active qu'impartiale du ministère public (2). » En parlant de poursuites *extraordinaires*, la loi fait entendre que les tribunaux criminels pourront être saisis; tel est le sens de ces mots, empruntés à cette ancienne procédure criminelle, dont

(1) Il n'est pas besoin de dire que la collusion des parties avec l'officier ministériel les rendrait non-recevables à prendre des conclusions contre lui.

(2) Rapport de M. Perin (séance du 14 avril 1806).

ART. les vestiges se retrouveraient difficilement dans nos codes, et qui, à peine renversée, léguait à un flétrissant oubli ses dispositions, ses formes et son langage.

On s'est demandé si les dommages-intérêts et les graves conséquences que peut entraîner le désaveu ne devaient pas soumettre, dans tous les cas, à l'appel, le jugement de cette action.

Si les actes désavoués se rattachent à une procédure judiciaire, l'intérêt que présente le désaveu se trouve déterminé par le taux de la demande à laquelle se rattache le désaveu incident ou principal. Les dommages-intérêts ne sont ici qu'un accessoire qui ne doit pas entrer en ligne de compte pour fixer la compétence.

Il en serait autrement si le désaveu concernait un acte étranger à toute instance; l'intérêt de l'action devrait se déterminer par la somme des dommages-intérêts que la partie réclame.

Je ne fais que poser ces solutions : elles trouveront plus tard leur justification dans le développement des principes qui déterminent la compétence en premier ou en dernier ressort.

---

# CHAPITRE XXV.

## DES RÈGLEMENTS DE JUGES.

(Liv. 2, tit. 19, art. 363-367 du code de proc.)

Les règles tracées pour la compétence des tribunaux laissent irrésolues de nombreuses difficultés pratiques; des obstacles peuvent naître de l'application même de ces règles. C'est alors le pouvoir du juge qui s'interpose, au milieu de ces indécisions de la loi, pour investir un tribunal d'une compétence contestée, ou lui attribuer arbitrairement une compétence qui lui manque. Art.

Un semblable pouvoir ne se justifie que par l'impérieuse nécessité des faits. En général le juge n'attribue pas la compétence, il la déclare; il ne *règle* pas l'ordre des juridictions, il le trouve établi dans la loi, et n'a plus qu'à s'y soumettre. Mais lorsque, par exception, le juge se transforme en législateur pour indiquer

ART.

aux parties un tribunal que la loi ne leur indiquait pas, ou dont elle laissait la compétence incertaine, quelles circonstances peuvent motiver cette extension accidentelle des attributions judiciaires? Cette nécessité se présente dans des hypothèses distinctes : celles qui donnent lieu à un *renvoi* devant un tribunal autre que le tribunal compétent; celles qui motivent un *réglement de juges*. C'est de celles-ci que je parlerai d'abord; un autre chapitre traitera des renvois.

Pour reconnaître les hypothèses dans lesquelles il y a lieu à *règlement de juges*, il faut rappeler quel ues principes généraux sur la compétence et sur les exceptions déclinatoires.

Une même demande entre les mêmes parties peut se trouver en même temps portée devant plusieurs tribunaux.

L'un de ces tribunaux est-il incompétent? la difficulté se trouve aplanie au moyen de l'exception déclinatoire proposée devant lui, et qui, par lui accueillie, laissera la contestation soumise à un tribunal unique (1).

La compétence des deux tribunaux saisis

(1) Voy. t. 3, p. 214.

d'une même demande est-elle également incontestable (1) ? alors les parties pourront obtenir cette unité de juridiction qu'exigent la dignité de la justice aussi bien que l'intérêt privé du plaideur, en proposant devant les juges saisis d'une demande déjà soumise à un autre tribunal, l'exception de litispendance ou de connexité (2). Art.

Ce n'est encore ici que l'application des principes généraux de la procédure. C'est le juge saisi de la demande qui statue alors sur sa propre compétence, qui la déclare ou qui l'abdique, sans qu'un pouvoir supérieur intervienne comme médiateur pour faire cesser un *conflit* entre deux juridictions rivales.

Mais l'intervention d'une autorité supérieure à laquelle les parties auraient, comme on le verra bientôt, *la faculté* de recourir, dans les hypothèses qui précèdent, deviendra *néces-*

(1) Deux ou plusieurs tribunaux peuvent être compétents pour une même contestation entre les mêmes parties : 1° en matière personnelle, lorsqu'il y a plusieurs défendeurs ; 2° en matière réelle immobilière, si les biens litigieux sont situés dans plusieurs arrondissements ; 3° en matière mixte. ( Art. 59 du code de proc. )

(2) Voy. t. 5, p. 218.

ART. *saire*, toutes les fois que plusieurs tribunaux retiendront la connaissance d'une demande portée à la fois devant eux; cette autorité trouvera même à s'exercer encore lorsque les tribunaux saisis refuseront de connaître de la demande. — Dans le premier cas, le conflit est *positif*; dans le second, il est *négatif*.

Notre organisation judiciaire est trop simple, les règles de compétence trop précises, pour que la nécessité de recourir à un règlement de juges ne soit pas dans notre procédure moderne un accident assez rare.

Nos anciennes institutions, au contraire, avec la multiplicité de leurs tribunaux, nous montraient le spectacle d'une rivalité constamment éveillée entre des juridictions jalouses; les secrètes combinaisons du plaideur, les détours perfides et les lenteurs ruineuses trouvaient un auxiliaire, on pourrait dire un complice, dans cette hostilité des tribunaux entre eux. Habitués à considérer la justice comme une source de produits, tout justiciable comme un sujet imposable, tantôt c'était l'intérêt du seigneur justicier qui portait les tribunaux à soulever une question de compétence

et à revendiquer la cause (1); — ou bien un intérêt de prérogative qui animait dans ce conflit deux juridictions luttant pour faire prévaloir leurs attributions; — c'était enfin la querelle toujours renaissante entre la justice séculière et les tribunaux ecclésiastiques. Art.

Un procès était-il pendant en une juridiction, non-seulement il était permis aux parties de demander leur renvoi devant d'autres juges qu'elles prétendaient compétents (2), mais ceux-ci s'arrogeaient eux-mêmes le droit d'*évoquer* la cause s'ils étaient supérieurs de la juridiction saisie ; ou, s'ils étaient égaux en hiérarchie, « ils faisaient défense aux parties litigantes de poursuivre ailleurs à peine de nullité des procédures et d'amende arbitraire, et ordonnaient que ces défenses seraient signifiées aux juges, à ce qu'ils n'en prétendissent cause d'ignorance, et que les parties seraient

(1) V. *suprà*, p. 56.

(2) Lorsque le justiciable, pour obtenir son renvoi, s'avouait sujet d'un autre que de son seigneur justicier, ou quand le vassal avouait un autre seigneur feudal que celui du fief duquel il devait tenir, son *faux aveu* entraînait la commise ou confiscation de sa terre. — V. coutume d'Auxerre, art. 69, et le Glossaire de Ragueau, v° *faux aveu*.

Art. appelées et assignées pour voir faire plus amples défenses (1). » — Si les parties ne se rendaient pas à ces défenses, et que le tribunal saisi retînt la cause, ce conflit d'autorité pouvait rendre nécessaire l'intervention d'un pouvoir supérieur.

En cas de conflit entre les tribunaux ecclésiastiques et les justices séculières, c'était à la juridiction séculière qu'il appartenait de décider la compétence. La voie de l'*appel comme d'abus* était ouverte devant les cours supérieures dépositaires de l'autorité du roi, pour faire réprimer les entreprises de la justice ecclésiastique sur la juridiction temporelle, soit qu'elle retînt une cause qui excédait sa compétence, soit qu'elle jugeât en une matière exclusivement attribuée à la justice séculière. D'ailleurs la réciprocité des droits entre les deux juridictions permettait au juge ecclésiastique d'appeler lui-même comme d'abus devant le parlement, lorsque le juge laïque avait entrepris sur la juridiction ecclésiastique (2).

(1) V. Ragueau, v° *evocation*, et Pigeau, *Procédure du Châtelet*, t. 1, p. 150.

(2) V. Denisart, Collection de décisions nouvelles, v° *appel comme d'abus*, n° 6.

Les ordonnances renfermaient de nombreuses dispositions ayant pour objet de régler ces difficultés, soit que la lutte des juridictions donnât lieu à un renvoi sollicité par les parties elles-mêmes, soit qu'il fût réclamé par le seigneur ou par le juge (1).—Mais il faut se garder de croire que le moyen légal de surmonter ces obstacles fût dans tous les cas un règlement de juges. ART.

Lorsque les juridictions saisies du même différend se trouvaient *dans le ressort d'une même juridiction supérieure*, les parties, pour faire cesser le conflit entre les tribunaux inférieurs qui l'un et l'autre auraient retenu la cause, devaient prendre les voies ordinaires pour faire décider souverainement la question de compétence; elles portaient alors leur appel devant la sénéchaussée, le présidial ou le parlement duquel relevaient les deux tribunaux saisis (2). — Ce n'était pas là un règle-

(1) V. les ordonnances de 1629, art. 66, de 1669, tit. 2., et de 1737, tit. 2.

(2) V. Bornier sur l'art. 1 du tit. 2 de l'ordonnance de 1669, et l'ordonnance de 1737, tit. 2, art. 27.— D'après l'ordonnance de 1737, tit. 2, art. 21, l'appel de toutes sentences rendues sur déclinatoire doit être

Art. ment de juges; ce n'était que l'exercice des attributions ordinaires du juge supérieur, faisant ce qu'aurait dû faire l'un des tribunaux du premier degré, en prononçant sa propre incompétence, ou en accueillant l'exception de litispendance.

Il pouvait arriver que la même cause fût portée devant deux chambres d'un même parlement, c'était alors aux gens du roi qu'il appartenait de décider à quelle chambre devait rester la cause. A cet effet les parties présentaient requête au procureur général, qui mettait au bas : *Les parties ouïes, je ferai ce que de raison.* Puis la requête était signifiée aux autres parties avec sommation de plaider sur l'incident; après la plaidoirie, messieurs les avocats généraux rendaient un arrêt qui terminait le conflit (1). — Ce n'était pas encore là le règlement de juges.

S'il y avait conflit entre deux cours souveraines *établies en la même ville*, comme entre

immédiatement porté aux cours, chacune dans leur ressort; de sorte qu'en matière de déclinatoire, il n'y a, d'après cette ordonnance, que deux degrés de juridiction. V. Rodier sur l'ordonn. de 1667, tit. 6, art. 3, question 2.

(1) Dictionnaire de droit de Ferrière, v° *conflit*.

la cour des aides et le parlement, les avocats généraux de la cour des aides venaient au parquet du parlement. La question d'attribution se plaidait par le ministère d'un substitut de chaque cour, et les avocats généraux des deux juridictions décidaient. C'était seulement dans le cas où ils ne pouvaient se concilier, que le conflit se terminait par un règlement de juges (1). Art.

Mais il y avait lieu à *règlement* proprement dit, lorsque les deux tribunaux inférieurs saisis d'un même différend *ne ressortissaient pas en la même cour*, soit que le déclinatoire n'eût pas été proposé devant eux, ou qu'ils ne l'eussent pas accueilli. Alors les parties, sans passer par la juridiction supérieure, pouvaient se pourvoir directement *au Conseil* pour être réglées de juges (2). — Il en était de même

(1) V. le règlement du roi François II, du 29 décembre 1559; l'ordonn. de 1669, tit. 2, art. 12, et de 1737, tit. 2, art. 23 et 24.

(2) Ordonn. de 1669, tit. 2, art. 1, de 1737, tit. 2, art. 1. — *Le conseil* auquel devait être portée la demande en règlement de juges était le conseil privé ou des parties, composé du chancelier, des conseillers d'Etat et des maîtres des requêtes. — V. Introduction, ch. 17.

ART. lorsque les deux tribunaux saisis étaient des cours souveraines (1). Les procureurs généraux pouvaient aussi directement se pourvoir au conseil, pour soutenir la compétence de leur compagnie (2). — Enfin, la voie du règlement de juges pouvait être prise même avant l'existence constatée d'un conflit ; ce cas se présentait lorsqu'une partie étant assignée devant une cour ou devant une juridiction inférieure, avait été déboutée du déclinatoire par elle proposé, et de sa demande en renvoi dans une autre cour ou dans une juridiction *d'un autre ressort* (3).

(1) V. les ordonnances précitées, *ibid.*—Un conflit de juridiction pouvait s'élever entre une cour de parlement et un siége présidial de son ressort, à raison des matières que les présidiaux jugeaient sans appel, suivant l'édit de leur création, et dont les parlements auraient prétendu connaître ; ce conflit devait être jugé et réglé par le *grand conseil*, qu'il ne faut pas confondre avec le conseil privé. Le grand conseil, protecteur de la compétence des présidiaux contre les envahissements des cours, était une juridiction souveraine, investie, à l'exclusion des parlements, de la connaissance de certaines matières. (V. quant à ses attributions, Brillon, v° *grand conseil.*) Ses décisions pouvaient être cassées par le conseil privé.

(2) V. ordonnance de 1737, tit. 2, art. 25.

(3) Ordonn. de 1737, tit. 2, art. 19 et 20.

Du jour de l'assignation donnée au conseil, Art.
les tribunaux ou les cours devaient surseoir à toute procédure jusqu'au règlement attributif de la compétence (1). Ce sursis avait pour objet de prévenir les inconvénients qui pouvaient résulter de la diversité des jugements ou de la contrariété des arrêts. C'était moins un pouvoir judiciaire qu'une sorte de puissance législative qu'exerçait alors le conseil du roi. Ce n'était pas en vertu de cette juridiction supérieure qui s'étendait sur les décisions de tous les tribunaux du royaume, car il pouvait se faire que les deux tribunaux saisis n'eussent pas statué sur leur compétence, ou même qu'ils fussent l'un et l'autre compétents; c'était en exerçant d'autres attributions que le conseil désignait le tribunal qui resterait saisi ou devant qui l'affaire serait portée : *hoc auctoritate regiâ facit, non suâ* (2); c'était un acte émané du pouvoir qui constituait la loi, et auquel il appartenait, dans le silence de la loi générale, de suppléer à son texte et de tracer aux parties une règle de conduite.

(1) Ordonn. de 1669, tit. 2, art. 7, et de 1737, tit. 2, art. 8 et 14

(2) Rebuffe, *Tract. de evocat., præf., quæst* 5, n° 46.

Art. J'insiste sur cette distinction, parce qu'elle explique comment s'est établi ou maintenu dans notre législation moderne, le droit attribué au conseil d'État de statuer sur les questions de compétence qui peuvent s'élever entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative (1); c'est encore le roi en son conseil qui en est juge (2). C'est toujours le même principe qui a survécu, et qui s'est perpétué, après que les attributions de l'ancien conseil eurent été démembrées pour constituer un apanage à ce nouveau souverain placé au sommet de notre organisation judiciaire, sous le nom de cour de cassation. Les anciennes dispositions des ordonnances se sont conservées intactes, lorsqu'il s'agit de régler un conflit entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative. Comme

(1) Lorsque le conflit existe entre deux autorités revêtues d'attributions distinctes, comme entre un tribunal de première instance et un conseil de préfecture, ou tout autre tribunal de l'ordre administratif, il y a *conflit d'attribution.* — Les règlements de juges, dont j'ai exclusivement à m'occuper, supposent au contraire un conflit entre deux ou plusieurs *tribunaux judiciaires;* il n'existe alors qu'un simple conflit de *juridiction.*

(2) V. loi du 7 octobre 1790, n° 5; loi du 21 fructidor an III, art. 27; règlement du 5 nivôse an VIII, et l'ordonnance du 1er juin 1828.

autrefois, il suffit qu'un tribunal judiciaire ait déclaré sa compétence sur une matière qui rentrerait dans les attributions des juges administratifs, pour que le règlement puisse être demandé au conseil d'Etat. Là s'est conservé pour l'autorité administrative le droit de proposer d'office le déclinatoire et d'élever le conflit, lors même que la juridiction du tribunal serait acceptée par les parties intéressées; alors comme autrefois, c'est l'autorité souveraine qui, sans attendre la décision des pouvoirs intermédiaires, impose son dernier mot et la toute-puissance de ses arrêts (1). Art.

Le droit de statuer sur le conflit d'attribution n'a donc pas été créé par nos lois nouvelles au profit du conseil d'État; il a été seulement conservé, car il ne faut pas perdre de vue que le droit de régler les juges, quel que fût l'ordre ou la nature des juridictions, était autrefois un attribut du pouvoir législatif représenté par le roi.

Aujourd'hui l'inflexibilité du principe a disparu; il ne subsiste plus que lorsqu'il s'agit de faire cesser un conflit d'attribution entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative;

(1) V. l'ordonnance du 1er juin 1828.

Art. mais le pouvoir de statuer sur un conflit de juridiction entre deux tribunaux judiciaires a été déplacé par nos législateurs modernes, et remis par eux en des mains nouvelles.

C'est l'autorité judiciaire qu'ils en ont investie. Le décret du 27 novembre 1790, article 2, portait : Les fonctions du tribunal de cassation seront de juger les conflits de juridiction et les règlements de juges, etc. Cette disposition a été confirmée par les constitutions de 1791, de l'an III et de l'an VIII (1), et par l'article 76 de la loi du 27 ventôse an VIII.

Ainsi le tribunal de cassation se trouvait investi des attributions autrefois déférées au conseil; et comme les textes des anciennes ordonnances qui précisaient les cas de règlements de juges étaient encore en vigueur, ces attributions devaient s'exercer dans les mêmes circonstances.

Le code de procédure, en maintenant les attributions conférées à la cour de cassation, lui a cependant enlevé le privilége exclusif de statuer sur les conflits de juridiction. Les tribu-

(1) Constitution du 3 septembre 1791, tit. 3, ch. 5, art. 19; constit. du 5 fructidor an III, art. 254, et du 22 frimaire an VIII, art. 65.

naux de première instance et les cours royales Art.
partagent avec la cour suprême le droit de mettre un terme au conflit par un règlement de juges. Mais il faut bien remarquer que le changement opéré par le code de procédure n'a pas pour résultat unique d'augmenter les attributions des tribunaux et des cours, en leur permettant de prononcer dans certains cas sur les règlements de juges; une modification plus importante doit être signalée, car, en admettant de nouvelles hypothèses dans lesquelles le conflit peut être proposé, le code a changé les anciennes conditions du règlement de juges. Je vais essayer d'éclairer cette proposition, en examinant successivement les principes nouveaux qui régissent, 1° le conflit positif, 2° le conflit négatif.

L'ordonnance du mois d'août 1737, tit. 2, art. 1er, disait : « Lorsque deux de nos cours ou deux de nos juridictions inférieures, indépendantes l'une de l'autre, et *non ressortissantes en même cour*, seront saisies d'un même différend, les parties pourront se pourvoir en règlement de juges (1). »

(1) V. aussi l'ordonnance de 1669, tit. 2, art. 1.

Art. 363. Le code de procédure dit au contraire : « Si un différend est porté à deux ou plusieurs tribunaux de paix *ressortissant au même tribunal*, le règlement de juges sera porté à ce tribunal; — si les tribunaux de paix relèvent de tribunaux différents, le règlement de juges sera porté à la cour royale ; — si ces tribunaux ne ressortissent pas à la même cour royale, le règlement sera porté à la cour de cassation ; — si un différend est porté à deux ou plusieurs tribunaux de première instance *ressortissant à la même cour royale*, le règlement de juges sera porté à cette cour; il sera porté à la cour de cassation, si les tribunaux ne ressortissent pas tous à la même cour royale, ou si le conflit existe entre une ou plusieurs cours. »

Ainsi, d'après l'ordonnance, la condition essentielle pour qu'il y eût lieu à règlement, c'était que la même demande fût portée en des juridictions *non ressortissantes en même cour ;* aujourd'hui les parties peuvent se pourvoir en règlement de juges même dans le cas où le conflit existe entre deux juridictions *ressortissant au même tribunal ou à la même cour*.

Sans doute il fallait bien, sous l'empire de l'ordonnance, que le tribunal supérieur décidât la question de compétence débattue entre les

deux juridictions dépendantes de son ressort; mais, comme je l'ai déjà dit, ce n'était pas par voie de règlement de juges qu'il pouvait prononcer, c'était par voie de réformation. En d'autres termes, lorsque les deux juridictions inférieures dépendaient d'un même ressort, il fallait proposer devant elles l'exception déclinatoire d'incompétence ou l'exception de litispendance, et se pourvoir par appel devant la cour qui étendait sur chacune d'elles une suprématie commune, pour faire décider à laquelle il appartenait de retenir la cause. Art.

Ce n'est pas ainsi que l'on procède en cas de règlement de juges. Lorsque l'ordonnance permettait de prendre cette voie, il n'était pas nécessaire, du moins en général, d'attendre que les juges eussent prononcé sur leur propre compétence; il suffisait « qu'il apparût par acte en bonne forme, qu'il y avait procès pour même fait entre mêmes parties en diverses cours (1); » c'est-à-dire que la seule existence des assignations constituait le conflit et autorisait le règlement de juges (2).

(1) Ordon. de 1629, art. 66; de 1669, tit. 2, art. 4; et de 1737, tit. 2, art. 7.

(2) L'ord. de 1629 exigeait cependant qu'il y eût eu procédures aux deux cours ou siéges après les assignations.

ART. C'est précisément ce droit de statuer par voie de règlement sur le simple vu des assignations, qui a été concédé par les rédacteurs du code aux tribunaux de première instance et aux cours royales, dans le cas où, d'après les anciens principes, il n'y aurait eu lieu de statuer que par voie de réformation; c'est-à-dire lorsque les tribunaux saisis relevaient de la même juridiction supérieure. C'est ce qui résulte évi-
364. demment de cette disposition de notre code : « *Sur le vu des demandes* formées dans différents tribunaux, il sera rendu sur requête jugement portant permission d'assigner en règlement. »

Ainsi les parties, au moment où la demande se trouve portée devant les deux tribunaux, ont cette alternative : — de proposer l'incompétence ou l'exception de litispendance; — ou bien de se pourvoir immédiatement en règlement de juges. Cette voie de recours pour prévenir le conflit est donc alors simplement *facultative* (1).

Elle ne sera *forcée* que dans le cas où les deux tribunaux saisis auront l'un et l'autre déclaré leur compétence, et retenu la cause par des jugements passés en force de chose jugée, ou

(1) V. t. 3, p. 222, à la note.

confirmés sur l'appel par des décisions souveraines protégées par l'expiration des délais contre un pourvoi en cassation. ART.

Il est facile maintenant de discerner le caractère particulier du règlement de juges. C'est une mesure de précaution ayant pour objet de fournir aux plaideurs le moyen d'éviter les lenteurs et les incertitudes de la procédure qu'il faudrait suivre pour faire prononcer sur la compétence d'après les règles ordinaires; procédure qui pourrait en certain cas n'aboutir à aucun résultat utile, comme si les deux tribunaux ne relevaient pas de la même cour, ou si le conflit existait entre deux cours souveraines.

C'est enfin une mesure nécessaire lorsque l'autorité acquise à deux ou plusieurs jugements statuant sur la compétence, ne permettrait pas de recourir aux voies ordinaires pour arriver à l'unité de la décision sur le fond.

Ces explications ne sont que le développement du texte même de la loi, éclairé par le rapprochement des textes antérieurs. Mais, dans toute législation nouvelle, il est difficile de reconnaître le point de départ des innovations, et de préciser le moment où la filiation se trouve

Art. interrompue. Ne doit-on accepter, parmi les errements d'une ancienne jurisprudence, que les souvenirs recueillis dans l'œuvre nouvellement édifiée, et rajeunis par la sanction du législateur moderne? ou bien existe-t-il entre les textes des deux époques une intime cohésion qui ne puisse être brisée que par l'expression d'une volonté positive, et que laisserait subsister le silence du législateur?

Ainsi, lorsqu'il s'agit du règlement de juges, le code n'a prévu d'autre hypothèse que celle où le différend est porté *à deux ou plusieurs tribunaux;* il n'a pas rappelé la disposition de l'ordonnance qui autorisait la partie déboutée d'un déclinatoire et de sa demande en renvoi devant une juridiction d'un autre ressort, à se pourvoir au conseil afin d'obtenir règlement (1); comment faut-il interpréter son silence?

Si l'on s'en tient au texte littéral de l'article 363, la voie du règlement de juges ne devrait pas alors être permise, puisque les conditions exigées ne se rencontrent plus. Cette solution s'appuierait encore sur la disposition

(1) V. *suprà*, p. 314.

de l'article 1041, qui, à partir de la promulgation du code, abroge toutes lois, coutumes et règlements relatifs à la procédure civile. Cependant la jurisprudence de la cour de cassation a maintenu par plusieurs arrêts l'application dans notre procédure nouvelle du texte déjà cité de l'ordonnance (1). Art..

Pour résoudre cette difficulté, il faut se demander pourquoi le titre des règlements de juges a trouvé place dans notre code. Il est en effet important de remarquer que ni l'ordonnance de 1667, ni l'édit de 1771 sur la procédure civile, ne contiennent de dispositions sur cette matière. Il est facile d'en indiquer le motif: sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, le règlement de juges ne pouvait jamais être porté devant les tribunaux ou les cours; il rentrait exclusivement dans les attributions du conseil, dont la juridiction et la procédure étaient déterminées par des règlements particuliers. De sorte que si notre code, uniquement destiné à régler les formes à suivre devant les différents

(1) Arrêts de la cour de cassation du 5 juillet 1812 et du 20 janvier 1818, Dalloz, v° compétence, pages 243 et 385; 14 mars 1826, Dalloz, 26, 1, 180; 17 juillet 1828, Dalloz, 28, 1, 333; 26 février 1839, Dalloz, 39, 1, 157; 14 décembre 1840, Dalloz, 41, 1, 86.

Art. degrés de juridiction, n'eût pas investi, par une disposition nouvelle, les tribunaux et les cours royales du droit de régler les juges dans certaines hypothèses prévues, il ne se serait pas non plus expliqué sur cette matière ; il eût été muet à cet égard, parce que les attributions de la cour de cassation ne sont pas asservies à l'empire des principes qu'il pose, et qu'elles se régissent par des lois spéciales : débris restés debout et religieusement conservés au milieu des transformations de notre procédure judiciaire; pratiques vieillies et consacrées par le temps, appliquées aux besoins d'une institution nouvelle, comme pour placer sous la protection de l'expérience la pensée du novateur !

Il faut partir de ce principe, que le code de procédure s'est occupé du règlement de juges uniquement pour préciser les cas dans lesquels les tribunaux et les cours auraient le droit d'en connaître, et non pour limiter les attributions de la cour de cassation sur ce point; de là on arrivera facilement à cette conséquence, qu'il a laissé subsister les anciennes dispositions des ordonnances, comme indiquant les hypothèses qui donnent lieu au règlement de juges. Ainsi disparaît l'objection puisée dans l'article 1041 : car l'abrogation prononcée

frappe seulement les lois antérieures, relatives à la procédure devant les juridictions réglementées par le code, et ne doit pas s'étendre aux lois qui régissent les attributions de la cour suprême; et comme l'ancien conseil pouvait être saisi d'une demande en règlement, lorsque la partie avait été déboutée de son déclinatoire et de sa demande en renvoi devant une juridiction d'un autre ressort, la cour de cassation, héritière de cette partie des attributions du conseil, peut, en vertu des articles 19 et 20, titre 2 de l'ordonnance de 1737, exercer sous les mêmes conditions la même prérogative. Art.

Les raisons par lesquelles s'explique le texte de l'ordonnance justifieraient encore aujourd'hui la solution que j'ai admise. Lorsqu'un tribunal a refusé de renvoyer la cause devant les juges d'un autre ressort, il n'existe pas à la vérité de conflit actuel; mais, pour que le conflit existât, il suffirait que le nouveau tribunal fût saisi à son tour, sans qu'il fût besoin d'attendre qu'il eût statué sur sa compétence. Pourquoi soumettrait-on le défendeur à l'obligation de porter effectivement le même différend devant les juges par lui indiqués, puisque c'est là un fait dépendant exclusivement de sa volonté, et qu'avant sa réalisation, cette vo-

Art. lonté d'avoir d'autres juges s'est manifestée par sa demande en renvoi ? Le conflit serait donc subordonné à l'accomplissement d'une condition insignifiante, puisqu'elle est presque toujours potestative de sa part. Cela était vrai surtout dans l'ancienne jurisprudence, car il était permis à la partie assignée devant un tribunal dont elle déclinait la compétence, de se pourvoir par requête devant le tribunal qui, suivant elle, eût dû être saisi, pour faire révoquer l'assignation et obtenir des défenses de procéder ailleurs.

Et c'est ainsi que je m'explique comment, en admettant la réunion des mêmes circonstances, le règlement de juges en matière criminelle n'aurait pas été autorisé dans une telle hypothèse. L'ordonnance de 1737 exigeait, pour que cette voie de recours fût admise au criminel, qu'il eût été informé ou décrété par deux cours ou deux juridictions de ressorts différents. Après avoir dit dans l'article 1[er] du titre 3 : « Le règlement de juges aura lieu, en matière criminelle, lorsque deux cours ou deux juridictions indépendantes l'une de l'autre, et non ressortissantes en la même cour, auront informé et décrété pour raison du même fait contre la même partie, » on ajoutait dans l'article 3 :

« Ne pourront néanmoins les accusés qui auront été déboutés des déclinatoires par eux proposés se pourvoir en règlement de juges, si ce n'est qu'il ait été informé et décrété pour le même fait par une autre cour ou juridiction d'un autre ressort; le tout sans préjudice auxdits accusés de se pourvoir, par les voies de droit, contre les arrêts ou jugements rendus en dernier ressort qui les auront déboutés de leur déclinatoire ; ce qu'ils pourront faire lors même qu'aucune autre juridiction n'aura informé et décrété contre eux pour le même fait. » C'est qu'en effet la faculté de saisir un autre tribunal n'appartient pas à l'accusé en matière criminelle ; sa demande en renvoi ne peut donc équivaloir à un conflit, puisqu'il n'est pas libre de le faire naître en se soumettant à la juridiction des juges qu'il a réclamés. — Ces textes de l'ordonnance ont passé, avec certaines modifications, dans l'article 539 du code d'instruction criminelle. Art.

Mais il faut remarquer que le droit de se pourvoir en règlement de juges, dans l'hypothèse particulière où, le déclinatoire ayant été *rejeté*, un autre tribunal n'est pas encore saisi, déjà restreint aux matières civiles, doit être

ART. resserré dans la lettre même des textes de l'ordonnance, puisqu'elle est la source légale où ce droit puise, dans ce cas, la persistance de son application.

Par conséquent, si le déclinatoire proposé avait été *admis*, la voie de l'appel serait seule ouverte au défendeur à l'exception (1). C'est qu'en effet la décision rendue fait disparaître toute crainte d'un conflit positif; et, comme l'existence du conflit négatif suppose le refus de deux ou plusieurs tribunaux de statuer sur la demande, rien ne justifierait le recours en règlement de juges tant qu'un seul tribunal s'est déclaré incompétent.

L'ordonnance exige, de plus, que la partie dont le déclinatoire a été rejeté ait demandé son renvoi devant un tribunal *d'un autre ressort;* aussi la cour de cassation ne pourra-t-elle statuer par voie de règlement lorsqu'il s'agira d'une demande en renvoi devant un tribunal dépendant de la cour royale à laquelle ressortit le tribunal saisi (2); et la cour royale elle-même ne pourrait procéder par voie de

(1) Ordonn. de 1737, tit. 2, art. 21.

(2) V. arrêt de la cour de cassation du 28 décembre 1829, Dalloz, 30, 1, 41, et les arrêts cités au Dict. génér. d'A. Dalloz, v° règlement de juges, n° 12.

règlement dans ce cas, mais seulement par voie de réformation, puisque ses attributions en matière de règlement sont déterminées par le code de procédure qui, en les créant, les a limitées au cas unique où le différend est porté devant *deux* ou *plusieurs* tribunaux ressortissant à la même cour. ART.

Néanmoins cette condition exigée par l'ordonnance, que la partie déboutée du déclinatoire ait demandé son renvoi devant un tribunal d'un autre ressort, soulève quelque difficulté à raison des modifications qu'a subies notre organisation judiciaire.

Autrefois le ressort duquel dépendaient les juridictions était déterminé d'une manière uniforme. Il se disait du territoire sur lequel une *cour souveraine* étendait son empire et l'autorité de ses arrêts; sorte de royauté judiciaire, indépendante par ses coutumes comme elle l'était par ses frontières, où venait expirer la puissance exécutoire des arrêts prononcés dans un autre ressort (1) A cette cour souve-

(1) Un arrêt émané d'un parlement ou d'une juridiction qui lui était soumise, n'était exécutoire de droit que dans le ressort de ce parlement. Pour l'exécuter dans un autre ressort, il fallait un *parcatis* de la chancellerie du parlement dans le ressort duquel on voulait exécuter. —

ART. raine, placée au sommet de la hiérarchie, venaient aboutir toutes les contestations jugées par les tribunaux inférieurs, justices seigneuriales ou royales établies sur son territoire. Sauf certaines demandes jugées en dernier ressort par les présidiaux (1), tous procès pouvaient être portés de juridictions en juridictions jusqu'au parlement dont elles dépendaient; et ce qu'il faut surtout remarquer, c'est que les questions de compétence ne pouvaient jamais être décidées présidialement (2), lors même que l'intérêt du procès aurait été inférieur à la somme portée au premier chef de l'édit des présidiaux. Les parlements connaissaient toujours par appel des déclinatoires; et même l'appel de toute sentence sur déclinatoire, quel que fût le juge qui l'eût rendue, devait, aux termes de l'art. 21, titre 2 de l'ordonnance de 1737, être porté immédiatement devant la cour, sans

Lorsque le *pareatis* émanait de la grande chancellerie ou du grand sceau, l'arrêt avait par toute la France la puissance exécutoire.

(1) V. l'édit des présidiaux de 1551, et l'édit de 1774, qui éleva le taux de leur compétence en dernier ressort. — V. Introduction, p. 117 et 142.

(2) C'est-à-dire en dernier ressort; — V. Rodier sur l'ordonnance de 1667, tit. 6, art. 3, quest. 2.

passer par les juridictions intermédiaires. Art

Aussi la voie de l'appel était-elle toujours suffisante pour déterminer la compétence, en cas de conflit entre tribunaux dépendants d'un même ressort, puisque s'élevait au-dessus d'eux une juridiction souveraine investie du droit de statuer par voie de réformation sur leurs prétentions respectives à retenir la cause. La voie de l'appel, à plus forte raison, devait-elle être exclusivement admise lorsqu'un seul tribunal, ayant été saisi, avait rejeté le déclinatoire, et refusé de prononcer le renvoi devant une autre juridiction dépendante *du même ressort*.

En succédant aux parlements, les cours royales n'ont pas conservé, avec son extension primitive, ce droit d'appréciation souveraine de toutes sentences rendues par les juges inférieurs. Les questions de compétence sont, à la vérité, toujours soumises à deux degrés de juridiction (1); mais il ne faut pas en conclure qu'elles puissent dans tous les cas arriver jusqu'à la cour. Elles doivent être portées du juge inférieur au juge immédiatement supérieur en hiérarchie; de sorte que les déclinatoires proposés devant la justice de paix seront jugés

(1) Code de procédure, art. 425 et 454; loi du 25 mai 1838, art. 14.

ART. en dernier ressort par le tribunal de première instance dont elle relève.

Pour les questions de compétence, les tribunaux de première instance ont donc sur l'appel une juridiction souveraine, et par conséquent un ressort distinct du ressort plus étendu des cours; et, si l'on voulait appliquer à l'organisation judiciaire de nos jours le texte littéral de l'ordonnance qui autorisait le règlement de juges « lorsque la partie a été déboutée du déclinatoire par elle proposé dans la juridiction qu'elle prétend être incompétente, et de sa demande en renvoi dans une juridiction d'un autre ressort, » la cour de cassation, appelée à exercer les attributions de l'ancien conseil, pourrait vider le conflit lorsque la partie aurait inutilement proposé l'incompétence devant un juge de paix, et demandé son renvoi devant une autre justice de paix relevant d'un autre tribunal de première instance, quoique ces deux juges de paix ressortissent à la même cour royale.

Cependant je ne croirais pas qu'il en dût être ainsi. L'ordonnance, en parlant de tribunaux compris dans un même *ressort* ou dans des *ressorts* différents, a dû, si l'on se reporte à l'ancienne organisation judiciaire, avoir en

vue la circonscription des parlements remplacés aujourd'hui par les cours royales. De sorte que l'article 19 de l'ordonnance ne peut pas s'appliquer, lorsque le tribunal réclamé par la partie dépend de la même cour que celui devant lequel a été proposé le déclinatoire. D'ailleurs la hiérarchie établie entre les pouvoirs judiciaires indiquerait plutôt alors, pour procéder au règlement de juges, la cour royale dans le ressort de laquelle se trouvent placés et le juge de paix qui a rejeté le déclinatoire, et celui devant lequel la partie demandait à être renvoyée : n'est-ce pas en effet la cour royale qui eût eu à statuer par voie de règlement, si les deux juges de paix avaient été simultanément saisis? Art

Mais, en refusant à la cour de cassation le pouvoir de statuer, faut-il, dans l'hypothèse prévue, reconnaître ce droit à la cour royale? On a déjà vu que s'il appartient à la cour de cassation de régler les juges lorsqu'un seul tribunal a été saisi, il ne faut pas en conclure, par voie d'analogie, que ce pouvoir ait été communiqué aux juridictions inférieures ou aux cours. Pour celles-ci, une loi nouvelle, en créant une attribution qui leur était autrefois refusée, a déterminé les conditions de son exercice. Elles ne peuvent statuer

Art. par règlement de juges que dans l'hypothèse où le différend est porté *à deux ou à plusieurs tribunaux;* et comme j'ai supposé qu'un seul juge de paix avait été saisi, bien que le renvoi ait été demandé devant un juge de paix du ressort d'un autre tribunal, dépendant toutefois de la même cour royale, il faut décider que, si la cour de cassation ne peut régler les juges parce qu'ils n'appartiennent pas à des ressorts différents dans le sens de l'ordonnance, on doit écarter aussi la juridiction de la cour royale, par le motif que le différend est porté devant un tribunal unique.

La cour royale ne peut être appelée à régler la compétence entre des juges de paix placés dans son ressort, que lorsque, relevant de tribunaux différents, ils seraient saisis l'un et l'autre d'une même contestation. Si un seul avait été saisi, la voie de l'appel serait ouverte devant le tribunal de première instance pour faire réformer le jugement qui repousse le déclinatoire, et le recours en cassation donnerait aux plaideurs une dernière garantie pour la consécration de leur droit méconnu.

En terminant sur ce point, il importe de remarquer que j'ai toujours supposé le diffé-

rend porté ou le renvoi demandé devant les tribunaux français. Il ne peut exister de conflit entre un tribunal étranger et un tribunal de France. Et si les procédures engagées devant une juridiction étrangère ne peuvent engendrer l'exception de litispendance (1), à plus forte raison ne peuvent-elles donner lieu à un règlement de juges; car non-seulement cette voie de recours suppose la possibilité d'un conflit, mais encore elle exige une juridiction supérieure, étendant sur l'un comme sur l'autre des tribunaux une suprématie hiérarchique; condition qui ne peut se réaliser lorsqu'un tribunal étranger se trouve en même temps qu'un tribunal français saisi d'une même contestation (2). ART.

En résumé, s'il s'agit d'un conflit positif, la cour de cassation est investie du droit de régler les juges dans deux hypothèses distinctes: — 1° lorsqu'un différend se trouve porté à deux ou plusieurs tribunaux; — 2° lorsqu'un seul tribunal a été saisi, et que le renvoi

(1) V. t. 3, p. 223.

(2). Arrêts de la cour de cassation du 25 janvier 1825, Dalloz, 25, 1, 61; et du 30 mai 1827, Dalloz, 27, 1, 258.

ART. devant un tribunal d'un autre ressort a été inutilement sollicité.

Les cours et les tribunaux ne peuvent régler les juges que dans le premier cas.

Pour la cour de cassation, on appliquera la première hypothèse :

Lorsque le différend est porté devant deux cours royales (1); ou devant *une* cour royale et un tribunal dépendant d'une autre cour (2);

Lorsqu'il est porté devant deux tribunaux

(1) Si une cause se trouvait portée devant deux chambres d'une même cour ou d'un même tribunal, cette circonstance ne donnerait pas lieu, non plus que sous l'ancienne jurisprudence, au recours en règlement de juges (*suprà*, p. 312). Seulement une forme plus simple a été introduite pour obvier à cette difficulté. Le cas est prévu par les articles 25 et 63 du règlement du 30 mars 1808 : « S'il s'élève des difficultés, soit sur la distribution, soit sur la litispendance ou la connexité, les avoués seront tenus de se retirer devant le premier président (ou devant le président du tribunal), à l'heure ordinaire de la distribution; il statuera sans forme de procès et sans frais. »

(2) V. *infrà*, p. 363, à la note 2, pourquoi il ne peut y avoir lieu à règlement de juges, lorsque le conflit existe entre deux tribunaux dont l'un dépend immédiatement de l'autre.

de première instance (1) ou de commerce, —devant deux juges de paix, —devant un tribunal civil ou de commerce, et un juge de paix ne ressortissant les uns ni les autres à la même cour royale. Art.

La seconde hypothèse s'applique :

Lorsque la partie a été déboutée du déclinatoire proposé devant une cour royale, et de sa demande en renvoi dans une autre cour;

Lorsque la partie a été déboutée du déclinatoire proposé devant un tribunal civil, un tribunal de commerce ou un juge de paix, et de sa demande en renvoi devant un autre tribunal civil ou de commerce, ou devant un autre juge de paix ressortissant à une cour royale autre que celle d'où relève le tribunal qui a repoussé le déclinatoire.

Les cours royales statuent par règlement de juges :

Lorsque le différend est porté à deux ou à plusieurs tribunaux de paix non ressortissant

(1) Le cas de conflit entre deux tribunaux de première instance comprend le cas où l'action civile serait portée à un tribunal de police correctionnelle et à un tribunal civil.

ART. au même tribunal, mais dépendant de la même cour;

Lorsque le conflit existe — entre un juge de paix et un tribunal de première instance ou de commerce (1), — entre deux tribunaux de première instance, — entre deux tribunaux de commerce, — entre un tribunal de première instance et un tribunal de commerce, relevant de la même cour royale.

Un tribunal de première instance ne peut statuer par règlement de juges que dans le cas unique où le différend est porté devant deux ou plusieurs juges de paix, compris dans son ressort.

J'ai tracé la limite qui sépare, en cette matière, les différentes attributions de la cour de cassation, des cours royales et des tribunaux. Il reste encore à déterminer leur étendue dans l'hypothèse d'un conflit négatif.

(1) Peu importe que les deux tribunaux ressortissant à la cour royale ne soient pas égaux en hiérarchie ; il suffit que la cour royale étende sur chacun d'eux son pouvoir souverain. Un arrêt de la cour de Rouen, du 3 février 1818 (Dalloz, v° compétence, p. 262), a décidé que, dans ce cas, c'était à la cour de cassation à vider le conflit; mais cet arrêt isolé n'a pas besoin d'une réfutation.

Il est douteux que sous l'ancienne jurisprudence le règlement de juges s'appliquât au conflit négatif. Au moins est-il certain que si, un seul juge ayant été saisi de la contestation, le déclinatoire avait été admis, les voies ordinaires étaient seules permises : « Lorsque, sur le déclinatoire proposé par l'une des parties, les premiers juges se seront dépouillés de la connaissance de la contestation, le défendeur au déclinatoire ne pourra être reçu à se pourvoir en notre conseil pour être réglé de juges ; sauf à lui à interjeter appel de la sentence qui aura eu égard au déclinatoire, ou à se pourvoir en notre conseil contre l'arrêt qui l'aura confirmée (1). » On s'explique facilement pourquoi les prévisions de l'ordonnance ne s'étendaient pas au conflit négatif. C'est que le règlement de juges avait pour objet principal de réprimer les entreprises et l'anarchie des juridictions, et que le législateur, préoccupé de ces dangers, avait négligé d'appliquer ce remède extraordinaire à une hypothèse préjudiciable sans doute aux intérêts des parties, mais qui ne soulevait plus entre les tribunaux une lutte scandaleuse. ART.

(1) Ordonnance de 1737, tit. 2, art. 21.

Art. Le code, en indiquant les tribunaux appelés à statuer sur les règlements de juges, paraît ne supposer que l'existence d'un conflit positif; faut-il suppléer au silence du texte? ou bien y a-t-il réellement dans la nature des choses une différence qui puisse justifier dans un cas l'application du principe, et la repousser dans l'autre?

Il ne faut pas perdre de vue que le règlement de juges est une voie exceptionnelle, permise seulement dans les cas spécifiés par la loi nouvelle ou par les lois antérieures, afin que les parties trouvent le moyen d'obtenir l'avantage d'une décision unique; car la sentence du juge n'acquiert l'autorité qui s'attache à la vérité proclamée, qu'à la condition d'être une comme la vérité même.

On a vu déjà pourquoi le règlement de juges était permis lorsque plusieurs tribunaux étaient en même temps saisis; il est possible que l'un et l'autre tribunal veuille retenir la cause, de sorte que cette éventualité venant à se réaliser, il faudrait se pourvoir devant les juges supérieurs pour ramener à l'unité ces procédures suivies devant des tribunaux différents. C'est à raison de cette éventualité menaçante que le règlement de juges a été introduit, pour ar-

rêter le mal à sa naissance : *Melius etenim intacta jura servari quàm post vulneratam causam remedium quœrere* (1). Art.

Mais le même motif existe-t-il lorsqu'il s'agit d'un conflit négatif? Le refus de juger ne peut être constaté que par la décision des tribunaux saisis. Alors, soit que les deux tribunaux relèvent d'une même juridiction supérieure, soit qu'ils dépendent au contraire de juridictions différentes, la voie ordinaire de l'appel semble suffire pour donner aux parties les juges qu'elles réclament.

Plusieurs hypothèses peuvent alors se présenter :

Est-il reconnu sur l'appel que les tribunaux saisis dépendant d'une même juridiction n'étaient, ainsi qu'ils l'ont décidé, compétents ni l'un ni l'autre? c'est alors aux parties à porter leur demande devant les juges que la loi leur indique, et qu'elles auraient dû saisir dès le principe.

Un des tribunaux saisis a-t-il méconnu sa compétence? alors, en réformant sa décision,

(1) L. ult., cod. *In quibus causis rest. in integrum necess. non est.*

ART. le tribunal dont il relève aurait à examiner s'il y a lieu de renvoyer devant les juges, qui mal à propos se sont déclarés incompétents ; ou, par application de l'article 472, de renvoyer devant un autre tribunal de même ordre que celui dont la décision est infirmée ; ou d'évoquer lui-même le fond de la contestation, par application de l'article 473 (1) ; dans tous les cas, le conflit négatif se trouve par là terminé.

Enfin, si l'on suppose que les tribunaux relèvent de juridictions distinctes, et que sur l'appel, l'une et l'autre sentence ayant été réformée, la compétence soit attribuée à deux tribunaux différents, alors le conflit négatif se transforme en conflit positif, et le droit de se pourvoir en règlement de juges s'ouvre pour les parties suivant les règles déjà tracées.

Dans toutes ces hypothèses, les parties trouvent par les voies ordinaires, et au besoin par un pourvoi en cassation, le moyen d'obtenir des juges. Il ne suffit donc pas que deux tribunaux ou un plus grand nombre se soient déclarés incompétents, car leur décision, loin d'exclure la compétence d'une autre juridiction, la suppose au contraire ; de sorte que le

(1) Je traiterai cette grave question au titre *de l'appel*.

conflit négatif n'enlève pas alors aux parties les moyens d'obtenir justice ; tandis que le conflit positif, qui naît de la présomption de compétence de l'un et de l'autre tribunal, impose au plaideur cette alternative nécessaire, ou de s'exposer à subir deux sentences contradictoires, ou de prévenir entre les deux juridictions une rivalité possible. ART.

Mais telle combinaison ne peut-elle se rencontrer qui rende nécessaire l'intervention du pouvoir régulateur, parce que les voies ordinaires seraient inefficaces pour arriver au but que les plaideurs veulent atteindre ? Il est une hypothèse dans laquelle le règlement de juges resterait le seul remède possible pour terminer le conflit négatif : c'est lorsque les délais pour se pourvoir par appel contre les jugements d'incompétence se trouveraient expirés, ou lorsque ces décisions seraient souveraines; alors, si l'on suppose que l'un des tribunaux saisis dans le principe était, malgré la décision rendue, *seul compétent* pour connaître de la demande, l'autorité de la chose jugée, résultant du jugement qui a prononcé l'incompétence, enlèverait tout moyen au plaideur de saisir de sa demande le seul tribunal appelé à en connaître.

Art. Cependant la décision rendue sur le déclinatoire laisse intact le droit du plaideur, et s'il a négligé de se pourvoir contre les jugements qui successivement ont refusé de statuer, ce droit inerte entre ses mains échapperait à toute consécration judiciaire; car, d'un côté, l'autorité de la chose jugée ferait obstacle à ce qu'il pût saisir l'un des tribunaux qui à tort se sont déclarés incompétents, et d'un autre côté la loi s'oppose à l'exercice de toute autre juridiction.

La nécessité vient alors imposer ses lois exceptionnelles. La seule issue possible en une telle rencontre, c'est le recours en règlement de juges. Le pouvoir ordinaire du juge se briserait contre ces obstacles, et serait sans force pour les vaincre; mais au-dessus de son autorité s'élève un pouvoir régulateur chargé, suivant les degrés de la hiérarchie, de déclarer la compétence et d'indiquer les juges qui doivent connaître du fond.

Ce pouvoir devra-t-il alors s'exercer, ou bien la nécessité de recourir au règlement de juges étant ainsi démontrée, doit-elle céder en présence du texte de notre code? Nul doute, si la prohibition de cette voie de recours s'y trouve écrite lorsqu'il s'agit d'un conflit négatif.

Mais les textes peuvent à la rigueur se concilier avec la nécessité imposée par les faits. Le code n'a pas reproduit le texte quelque peu équivoque de l'art. 21 de l'ordonnance ; et lorsque les tribunaux ont successivement refusé de retenir la cause, le différend, selon le vœu de l'art. 363, n'en a pas moins été porté à deux ou à plusieurs tribunaux ; il est vrai que la loi n'a réglé que le cas le plus ordinaire, celui du conflit positif. C'est ainsi que dans l'art. 364 elle permet aux juges, qui doivent vider le conflit, d'ordonner qu'il sera sursis à toutes procédures devant les tribunaux saisis ; et que dans l'art. 366 elle veut, en cas de déchéance de la demande en règlement, que les poursuites soient continuées devant le tribunal saisi par le demandeur en règlement. Cependant la seule conséquence à en induire, c'est que ces règles particulières sont inapplicables au conflit négatif, mais non pas que le principe lui-même ait été proscrit (1). Aussi pour éviter, dans le silence de la loi écrite, une interprétation arbitraire, le règlement de juges ne doit-il être permis dans cette hypothèse que lorsqu'il est pour le plaideur un dernier refuge, la sauvegarde suprême du droit d'obtenir justice. D'ailleurs le con-

ART.

(1) V. au Dictionnaire général d'A. Dalloz, vº règle-

Art. flit positif laisse présumer la compétence des divers tribunaux saisis ; le danger existe donc actuellement et appelle un remède immédiat. Le danger n'existe en cas de conflit négatif que lorsque les parties ne peuvent plus obtenir des juges.

Le règlement de juges n'a donc lieu en cas de conflit négatif que sous cette double condition : — que les jugements d'incompétence aient acquis l'autorité de la chose jugée (1) ; — que parmi les tribunaux déjà saisis se trouve le tribunal compétent.

De là, les conséquences qui suivent.

Si les parties s'étaient adressées à des tribunaux également incompétents, la demande en règlement devrait être rejetée, car elles peuvent

ment de juges, n° 33 et suiv., les nombreux arrêts qui ont admis le règlement de juges en cas de conflit négatif.

(1) Arrêt de la cour de cassation du 3 mai 1837, Dalloz, 37, 1, 338. Un autre arrêt de la cour de cassation du 26 mars 1838 (Dalloz, 38, 1, 165) semble supposer, par ses motifs, que le règlement de juges est permis en cas de conflit négatif, lors même que les parties auraient la faculté de se pourvoir par appel contre les jugements qui ont admis le déclinatoire. Mais il résulte des faits que, dans l'espèce, la partie qui s'était pourvue en règlement devant la cour royale n'était plus dans les délais utiles pour interjeter appel.

trouver encore des juges, sans avoir à briser d'abord aucune entrave, sans qu'il soit besoin de se faire restituer contre l'illégalité d'aucune décision ; le plaideur seul est en faute. Mais le règlement de juges n'a été introduit que pour réparer les erreurs des tribunaux ou pour les prévenir; pour suppléer à la loi générale, impuissante ou méconnue, et non pour secourir le plaideur qui s'égare, en lui montrant la route qu'il devrait suivre et le texte qui doit le guider. Art.

D'un autre côté, le droit de se pourvoir en règlement de juges ne peut être exercé que dans le cas où *plusieurs* tribunaux se sont déclarés incompétents par des décisions passées en force de chose jugée. Il ne suffirait donc pas qu'un seul tribunal eût déclaré son incompétence en renvoyant les parties à se pourvoir devant une autre juridiction; il faudrait encore que cette autre juridiction eût été saisie et eût également déclaré son incompétence.

C'est en vain que les parties voudraient prétendre que le premier tribunal saisi étant seul compétent, elles ont intérêt à procéder de suite par voie de règlement, plutôt que d'introduire inutilement une instance devant un autre tribunal dont l'incompétence ne leur

Art. paraît pas douteuse. Cette prétention ne pourrait être admise : elles devaient se pourvoir par les voies ordinaires ; les délais sont-ils expirés, alors le jugement a pour lui la présomption légale qui s'attache à la chose jugée, et les parties doivent se soumettre à son exécution en se présentant devant d'autres juges. Le droit de se pourvoir en règlement ne naîtra pour elles que lorsque cette exécution sera devenue impossible, et la force du premier jugement paralysée par une décision passée en force de chose jugée, rendue par les nouveaux juges qui refusent de retenir la cause.

Les règles d'attribution établies par le code s'appliquent d'ailleurs au conflit négatif ; c'est-à-dire, que suivant les rapports de hiérarchie, le règlement de juges sera porté au tribunal de première instance, à la cour royale, ou à la cour de cassation. Une doctrine contraire a été émise par M. Carré, qui attribue exclusivement à la cour de cassation la connaissance du conflit négatif (1). D'après lui, les dispositions du

(1) Lois de la procédure, préliminaire du titre *des règlements de juges*. Son opinion est combattue par MM. Chauveau, *ibid.* quest. 1319 *octies* ; Dalloz, t. 5, p. 244 ; Thomine-Desmazures, t. 1, p. 572. Voyez aussi

code, ne statuant que dans la prévision d'un conflit positif, n'auraient enlevé à la cour de cassation que pour cette hypothèse unique, le privilége dont l'avait investie la législation antérieure, de statuer sur les conflits. Mais s'il était vrai que les textes du code eussent ce caractère exclusif, c'est une autre conséquence qu'il faudrait admettre; ce serait la prohibition du règlement de juges lorsqu'il s'agit de vider un conflit négatif, puisque les législations antérieures au code n'avaient rien de plus explicite. Si, au contraire, la généralité des termes de l'art. 363 embrasse l'un et l'autre conflit, les règles de compétence leur doivent être également communes. Art.

En résumé, la cour de cassation devra régler les juges dans le cas d'un conflit négatif :

Lorsque deux ou plusieurs tribunaux de paix, de première instance ou de commerce, dépendants de cours royales différentes, se seront déclarés incompétents, et que leurs jugements seront passés en force de chose jugée par l'expiration des délais de l'appel;

l'arrêt de la cour de cassation du 26 mars 1838, Dalloz, 38, 1, 163.

ART. Lorsque les jugements ou arrêts rendus sur l'appel par deux ou plusieurs tribunaux de première instance relevant de cours royales différentes, ou par deux ou plusieurs cours royales, soit qu'ils confirment, soit qu'ils réforment, auront admis l'incompétence (1).

Les cours royales devront statuer :

Lorsque deux ou plusieurs juges de paix, non ressortissant au même tribunal, mais relevant de la même cour, ou lorsque deux ou plusieurs tribunaux de première instance ou de commerce relevant également d'une même cour, se seront déclarés incompétents, et que leurs jugements seront passés en force de chose jugée par l'expiration des délais d'appel ;

Lorsque deux ou plusieurs tribunaux de première instance relevant de la même cour, saisis par appel, des jugements rendus par les tribunaux de paix, auront soit en confirmant, soit en réformant, accueilli le déclinatoire.

(1) Le règlement de juges devrait être admis, bien que les parties fussent encore dans les délais pour se pourvoir en cassation. L'un et l'autre de ces recours sont des voies extraordinaires, et l'on comprend l'intérêt que la partie aura toujours à préférer le règlement de juges, qui reçoit une décision célère, tandis que le pourvoi en cassation entraîne des délais bien plus considérables.

Les tribunaux de première instance exerceront enfin les mêmes attributions : Art.

Lorsque deux ou plusieurs juges de paix relevant du même tribunal se seront déclarés incompétents, et que leurs jugements seront passés en force de chose jugée par l'expiration des délais de l'appel.

On ne perdra pas de vue, dans toutes ces hypothèses, la condition essentielle sans laquelle la demande en règlement ne peut être reçue, c'est-à-dire que parmi les tribunaux qui ont accueilli le déclinatoire se trouve le tribunal compétent.

Les propositions qui précèdent ont eu pour but de déterminer devant quelle juridiction le règlement de juges devait être porté, qu'il s'agisse d'un conflit positif ou négatif. J'aborde maintenant d'autres difficultés indépendantes de la juridiction.

L'existence d'un conflit suppose-t-elle nécessairement une complète identité dans l'objet des deux demandes portées à des tribunaux différents ? Suppose-t-elle aussi l'identité des parties en cause ? — A quelle époque de l'in-

Art. stance n'est-il plus permis de se pourvoir en règlement de juges?

On connaît les différences qui se rattachent à l'idée de litispendance et à celle de connexité : « L'exception de litispendance suppose que le procès existait déjà devant d'autres juges entre les mêmes parties, pour la même chose et sur une demande basée sur la même cause; — le déclinatoire pour raison de connexité n'exige point ces identités parfaites dans les affaires soumises à deux tribunaux différents; il se fonde sur ce qu'elles se lient par des affinités telles, que le jugement de l'une doive indispensablement influer sur le jugement de l'autre, et sur ce que la même instruction leur convient et leur suffit (1). »

171. La connexité, comme la litispendance, peut motiver un déclinatoire, et, lorsqu'elle est justifiée, imposer au tribunal l'obligation de se dessaisir, pour renvoyer la contestation devant les juges déjà saisis d'une cause dont les affinités appellent et attirent les éléments connexes de l'instance postérieurement introduite.

Mais, si l'on suppose que l'exception de connexité n'ait pas été accueillie, pourquoi les

(1) V. t. 3, p. 219.

plaideurs n'auraient-ils pas la faculté de faire consacrer par un règlement de juges le droit qu'établit en leur faveur l'article 171 du code? La loi met sur la même ligne l'exception de litispendance et celle de connexité. Le même devoir est imposé aux juges dans la double hypothèse de deux causes identiques ou de deux causes connexes. Pourquoi cette sollicitude de la loi s'étendrait-elle, dans un cas, jusqu'à permettre l'option entre l'exception déclinatoire et la voie du règlement de juges? pourquoi, dans l'autre, n'aurait-elle introduit d'autre remède que l'exception? ART.

Le doute naît de ces expressions de l'article 363 : *Si* UN DIFFÉREND *est porté à deux ou à plusieurs tribunaux*, etc. La loi semble en effet n'avoir prévu qu'une seule hypothèse, celle où un procès unique serait soumis à plusieurs tribunaux, et non l'hypothèse de deux instances connexes portées à des tribunaux différents. Les anciennes ordonnances avaient même une disposition plus précise, car elles supposaient les tribunaux ou les cours *saisis* D'UN MÊME *différend* (1).

Néanmoins la jurisprudence avait toujours

(1) Ord. de 1669, tit. 2, art. 1; de 1737, tit. 2, art. 1.

Art. considéré la connexité des demandes comme pouvant donner lieu à un règlement de juges. A plus forte raison cette solution doit-elle prévaloir en présence du texte moins restrictif de notre code (1). Elle a été consacrée par plusieurs arrêts, lorsque les deux instances, sans être identiques, tendent au même résultat, et se dominent mutuellement. La cour de cassation a fait l'application de cette règle au cas où l'une des deux demandes, formée par le créancier d'un vendeur, tendait à l'annulation d'une vente comme simulée; et où l'autre demande, portée par l'acquéreur devant un autre tribunal, avait pour but d'obtenir la radiation d'une inscription hypothécaire, prise sur les biens vendus, postérieurement à la vente, par le créancier qui en demandait l'annulation (2). Le même principe a été admis dans un cas où l'identité de personnes ne se rencontrait pas dans les deux demandes : deux tribunaux étaient simultanément saisis de demandes formées par des créanciers différents, mais tendant l'une et l'autre à faire prononcer une

(1) Cependant M. Carré professe une opinion contraire : *Lois de la procédure*, quest. 728. M. Chauveau ne partage pas son avis.

(2) Arrêt du 5 mai 1829, Dalloz 29, 1, 590.

condamnation contre un tiers, comme étant l'associé de leur débiteur. Il fut décidé qu'il y avait lieu à règlement de juges, nonobstant la différence des créanciers demandeurs et celle de leurs créances (1). ART.

Mais on comprend que le caractère des éléments constitutifs de la connexité échappe à toute règle positive; c'est une mobile appréciation de circonstances et de faits, une arbitraire intuition que la loi abandonne à la responsabilité du juge; tandis que les conditions de la litispendance se traduisent en cette formule légale : *Eœdem personœ, eadem res, eadem causa petendi*. La connexité des demandes peut faire craindre entre les jugements une contradiction de fait, la litispendance une contrariété de droit.

En admettant le règlement de juges comme un remède applicable au cas de connexité aussi bien qu'à celui de litispendance, il y a cependant une distinction nécessaire. La litispendance, qui suppose les deux demandes identiques quant à leur cause et quant à leur objet, suppose en même temps une attribution unique de compétence relativement à la matière;

(1) Arrêt du 18 août 1840, Dalloz, 41, 1, 182.

Art. de sorte que les principes qui régissent la compétence ne feront jamais obstacle à la réunion des deux demandes, et à l'indication d'un seul tribunal pour connaître de la contestation primitivement portée devant deux juridictions différentes. — Il peut arriver, au contraire, que, malgré leur connexité, les deux demandes résistent à la possibilité d'une fusion en une seule instance; que par leur nature elles appartiennent exclusivement à des tribunaux d'ordre et de qualité divers; de sorte qu'elles se touchent sans pouvoir se confondre, et que leurs sympathiques rapports ne sont pas assez étroits pour les réunir dans une complète homogénéité. — Supposez deux instances introduites, l'une devant le tribunal civil, par le souscripteur d'une lettre de change, pour faire condamner le porteur à la lui restituer; l'autre devant le tribunal de commerce, ayant pour objet le payement de cette même lettre de change (1). Quelle que soit l'affinité entre ces

(1) Cette espèce s'est présentée devant les tribunaux de commerce et de première instance de la Seine. Le tribunal de commerce refusa de se dessaisir, et il eut raison; mais je pense qu'il aurait dû surseoir, parce que l'instance introduite devant le tribunal civil avait un caractère préjudiciel. (Jugement du 30 décembre 1833, Dalloz, 34, 3, 27.)

deux demandes, quelle que soit l'influence que doive exercer le jugement de l'une sur la solution de l'autre, l'exception de connexité pour faire prononcer le renvoi du tout devant l'une des deux juridictions ne devrait pas être accueillie; et cette réunion de deux instances, connexes par leur objet, mais soumises à des règles diverses de compétence, ne pourrait même pas s'obtenir, dans ce cas, par la voie du règlement de juges. Un sursis prononcé par l'un des tribunaux serait le seul moyen de prévenir une contrariété de jugements. — C'est que les règles qui fixent les limites de la compétence à raison de la matière dominent tous les autres intérêts, et qu'il n'appartient pas aux juges de briser cette barrière légale, un tel empiétement dût-il produire l'avantage de simplifier les procédures, en les comprenant dans une instance unique. Lorsque la compétence est déterminée par la matière du procès, le juge n'a le droit ni d'usurper la juridiction d'un autre, ni d'abdiquer la sienne. ART.

Je rechercherai maintenant jusqu'à quelle période de l'instance il est permis de se pourvoir en règlement de juges. Cette question doit

Art. être successivement examinée dans les deux hypothèses d'un conflit positif et d'un conflit négatif.

Lorsqu'il s'agit d'un conflit positif, le but du règlement de juges est de prévenir une contrariété possible entre les décisions judiciaires. L'intérêt qui s'y rattache disparaît donc complétement, si l'on suppose que les tribunaux saisis aient rendu leur décision au fond. Alors se présentera cette alternative : — ou les décisions seront les mêmes, et, dans ce cas, les droits des plaideurs et la dignité de la justice ont subi cette épreuve, sans se heurter contre l'écueil ; — ou bien, si les jugements au fond impliquent contradiction, il ne s'agit plus de prévenir le mal, mais de le réparer. On se pourvoira par appel si les jugements sont en premier ressort, sinon par voie de cassation (1) ; c'est l'application de l'article 504 du code : « La contrariété de jugements rendus en dernier ressort, entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens, en différents tribunaux, donne ouverture à cassation. » — La solution serait la même, si un seul tribunal, ayant été

(1) Arrêt de la cour de cassation du 17 juillet 1823, Journal des avoués, t. 25, p. 261.

saisi, avait, après le rejet du déclinatoire et Art.
de la demande en renvoi dans un tribunal
d'un autre ressort, statué en outre sur le fond;
la demande en règlement ne serait plus recevable, car elle suppose l'existence d'un litige,
et non pas un procès déjà jugé (1).

Mais, en supposant deux tribunaux saisis, pourra-t-on se pourvoir en règlement de juges lorsqu'un d'eux seulement aura statué sur le fond? Pour résoudre cette question, il suffit de se reporter aux principes relatifs à l'autorité de la chose jugée. La contrariété des jugements n'est plus alors légalement possible, puisque l'exception de la chose jugée pourrait être opposée devant le tribunal où l'instance est pendante, et serait un obstacle suffisant à ce qu'il statuât au fond. Il est vrai que l'autorité de la chose jugée ne pourrait être invoquée, si les conditions d'identité exigées par l'article 1351 du code civil ne se rencontraient pas entre les deux demandes (2), et si elles n'avaient entre

(1) Arrêts de la cour de cassation des 17 mars 1812 et 7 août 1817, Dalloz, vº compétence, p. 247 et 248.

(2) « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée

Art. elles que de simples rapports de connexité; mais il ne faut pas perdre de vue que le règlement de juges, permis lorsqu'il s'agit de deux demandes connexes, n'est qu'une sanction légale du texte de notre article 171. Or il n'autorise le renvoi que lorsque la contestation est connexe à une cause *pendante* en un autre tribunal. Le règlement de juges ne peut donc être demandé lorsque l'une des instances se trouve déjà terminée par un jugement au fond.

Il y a plus de difficulté lorsque la décision au fond se trouve frappée d'appel, de sorte que l'une des demandes soit soumise à la juridiction supérieure, l'autre aux juges du premier degré. On peut dire alors que les deux instances sont encore pendantes, et que l'autorité de la chose jugée s'efface devant l'effet dévolutif de l'appel. La question s'est présentée devant la cour de cassation, qui cependant a rejeté la demande en règlement de juges, « attendu que l'état actuel du procès s'opposerait à la réunion et renvoi des deux demandes, puisque l'une est

sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. » Cod. civ. art. 1351.

en degré d'appel devant la cour de Paris, et l'autre en premier degré de juridiction devant le tribunal de Montpellier (1). » Mais cette solution ne doit pas être suivie comme règle absolue, et j'inclinerais à distinguer encore le cas de litispendance et celui de connexité. — Les deux instances sont-elles identiques, qu'importe que l'une d'elles, et non l'autre, ait déjà subi l'épreuve d'un premier jugement? Il ne s'agit pas de les réunir, mais de reconnaître leur unité préexistante. On ne peut pas dire que l'une des demandes doive d'abord passer par le premier degré de juridiction, car son identité avec la cause pendante en appel lui rend commune la décision déjà rendue (2). — Tandis que ART.

(1) Arrêt du 14 juin 1815, Dalloz, v° Compétence, p. 259.

(2) Mais pour que la voie du règlement de juges puisse être prise en ce cas, il faut que le tribunal du premier degré ressortisse à un autre tribunal que celui qui se trouve saisi en appel de la même contestation; autrement il ne pourrait y avoir à craindre une contrariété de jugements, puisque ce seraient les mêmes juges qui devraient statuer souverainement. Le seul inconvénient à éviter dans ce cas serait la simultanéité de deux instances, inconvénient auquel il sera facile de remédier, soit en proposant les exceptions d'incompétence ou de litispendance, soit en demandant un sursis,

Art. si les deux instances sont seulement connexes ; leur réunion est l'œuvre arbitraire du juge, dont le pouvoir s'arrête devant la nécessité de respecter l'ordre hiérarchique des juridictions, comme il s'évanouirait devant une incompétence à raison de la matière.

Les solutions qui précèdent doivent faire pressentir celle qui va suivre : Deux demandes identiques ou connexes sont portées devant deux tribunaux différents ; les parties ont signifié des conclusions au fond ; auront-elles encore le droit, avant que le jugement n'ait été prononcé, de se pourvoir en règlement de juges ? Je n'hésite pas à me prononcer pour l'affirmative. L'exception de litispendance ou de connexité ne pourrait-elle pas encore être proposée (1) ? J'ai dit plus d'une fois que le règlement de juges n'était qu'un mode particulier d'exercer le droit consacré par l'art. 171 ; il s'applique aux mêmes cas, parce qu'il tend au même but que l'exception de renvoi, et qu'il

et, en cas de refus, en se pourvoyant par appel devant les juges supérieurs, saisis déjà de la contestation au fond. Dans l'ancienne jurisprudence, cette difficulté eût été tranchée au moyen de l'évocation.

(1) V. t. 3, p. 218.

doit remédier aux mêmes inconvénients, satisfaire aux mêmes prévisions (1). A plus forte raison faudrait-il permettre le règlement de juges, si, la partie n'ayant pas conclu au fond, le tribunal avait statué par défaut. Tant que le jugement n'aura pas acquis l'autorité de la chose jugée, la partie pourra se pourvoir, car elle ne peut être privée d'un droit par un fait auquel sa volonté est restée étrangère. Art.

Mais des conclusions au fond rendraient non recevable à se pourvoir en règlement de juges, dans l'hypothèse particulière où la partie a été déboutée d'un déclinatoire par elle proposé et de sa demande en renvoi dans un tribunal d'un autre ressort; on a vu que ce droit accordé par l'article 19 de l'ordonnance de 1737 est encore aujourd'hui en vigueur. Il se justifie par cette considération : c'est que, bien qu'il n'existe pas de conflit actuel, la partie a manifesté, en proposant l'incompétence, la volonté

(1) Un arrêt de la cour de cassation du 25 mai 1815 (Dalloz, v° Compétence, p. 260), qui semble en opposition avec ce principe, s'explique par la circonstance que les jugements avaient prononcé par défaut sur le fond. — V. Favard de Langlade, v° règlement de juges, sect. 1, § 1, n° 3.

ART. d'avoir d'autres juges et de soulever un conflit (1). Mais lorsque, après le rejet du déclinatoire, la partie a consenti à plaider au fond, sur quelle base reposerait sa demande en règlement de juges? — Il n'existe pas de conflit actuel; — et la volonté présumée d'élever un conflit disparaît devant les conclusions au fond prises depuis le jugement sur le déclinatoire. Du reste, un jugement par défaut sur le fond, sans que la partie eût signifié de conclusions, ne la rendrait pas non recevable à se pourvoir en règlement, ainsi que je l'ai dit pour l'hypothèse qui précède (2).

Enfin, si l'on suppose que, deux ou plusieurs tribunaux ayant été saisis, les parties aient proposé les exceptions déclinatoires d'incompétence, de litispendance ou de connexité, et en aient été déboutées, elles conserveront encore le droit de se pourvoir en règlement de juges, quoique le jugement sur le déclinatoire soit passé en force de chose jugée, tant qu'il n'a pas été statué définitivement sur le fond;

(1) V. *suprà*, p. 327.

(2) Arrêts de la cour de cassation du 20 juillet 1815, Dalloz, v° Compétence, p. 249; et du 8 juin 1826, Dalloz 26, 1, 504.

alors, en effet, comme on l'a vu précédemment (1), le règlement de juges devient un recours *nécessaire* pour terminer le conflit. Peu importera donc que les décisions sur le déclinatoire soient passées en force de chose jugée par l'expiration des délais de l'appel ou des délais de cassation; le conflit subsiste toujours, et compromet non-seulement l'intérêt privé des plaideurs, mais encore l'ordre public et l'administration de la justice. — Si, au contraire, un seul tribunal avait été saisi, et eût rejeté le déclinatoire, une fin de non-recevoir s'élèverait contre la demande en règlement, dès que le jugement sur l'exception aurait acquis irrévocablement la force de la chose jugée, par l'expiration des délais d'appel s'il a été rendu en premier ressort, ou des délais de cassation s'il s'agit d'un arrêt ou d'un jugement souverain. Alors, comme dans le cas où elle a pris des conclusions au fond, la partie est présumée accepter la juridiction que d'abord elle avait contestée; de sorte que toute crainte d'un conflit disparaît, tant qu'un autre tribunal ne se trouve pas effectivement saisi de la connaissance du même différend (2). Art.

(1) V. *suprà*, p. 322.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 30 janvier 1817, Dalloz, v° Compétence, p. 247.

Art. Ces difficultés ne se présentent plus lorsqu'on se place dans l'hypothèse d'un conflit négatif.

On sait les conditions exigées pour qu'un tel conflit se produise. Il n'est constaté que par l'existence de deux jugements en dernier ressort ou passés en force de chose jugée, refusant de statuer au fond. — Aucune déchéance ne peut donc être encourue, et, tant que subsiste le droit qui sert de base à l'action, la voie du règlement de juges reste toujours ouverte pour les parties. Fixer un délai fatal dans lequel ce recours eût dû être formé, c'eût été atteindre le droit lui-même, et, par une injuste rigueur, en lui fermant les avenues des tribunaux, faire supporter au plaideur la peine des erreurs du juge. Supposez, en effet, que les deux tribunaux eussent à bon droit déclaré leur incompétence, il n'y aurait pas conflit dans le sens de la loi; le plaideur conserverait son action intacte, pour la porter, quand il lui conviendrait, devant le tribunal qu'il aurait dû saisir dès le principe. Son action, loin d'être compromise par la fausse marche qu'il avait suivie, trouverait une protection dans cette procédure avortée; car la citation en justice donnée même devant un juge incompétent interrompt la prescription (1). Lorsqu'il y a

(1) Cod. civ. art. 2246.

véritablement conflit négatif, c'est-à-dire Art.
lorsque le tribunal compétent était l'un de ceux qui ont refusé de retenir la cause, la position du plaideur ne saurait en être empirée, et son droit ne doit pas être soumis à des déchéances et à des délais plus rigoureux.

J'ai successivement examiné le caractère et les conditions de l'un et de l'autre conflit, les règles de compétence qui s'y rattachent, et les questions de déchéance qu'ils peuvent faire naître. J'arrive à la procédure particulière aux règlements de juges.

La demande en règlement est portée, suivant les circonstances, — devant la cour de cassation, — ou devant les tribunaux ordinaires.

Lorsque la cour de cassation est appelée à en connaître, on doit suivre les règles générales de procédure prescrites devant cette cour, et les formalités particulières indiquées par le titre 2 de l'ordonnance de 1737. Il suffit de les analyser en quelques mots.

La demande est formée par requête tendant à obtenir la permission d'assigner en règlement de juges (1); elle contient élection de domicile

(1) Sous l'empire de l'ordonnance, on pouvait assigner

Art. en la personne de l'un des avocats aux conseils, lequel se constitue et signe la requête, le tout à peine de nullité (1). Aucune consignation n'est exigée, car le demandeur en règlement qui succombe n'est passible d'aucune amende (2).

La requête, déposée au greffe, est renvoyée à un rapporteur, et lue par lui à l'audience de la section des requêtes, comme dans les affaires ordinaires; puis le ministère public est entendu dans ses conclusions.

S'il n'y a pas lieu à règlement de juges, la requête est rejetée, et tout se trouve terminé.

Si la cour permet d'assigner en règlement de juges, elle rend un arrêt de *soit communiqué*, qui porte clause de surséance à toutes poursuites et procédures dans les juridictions saisies du différend des parties (3).

en règlement de juges, soit en vertu de lettres de chancellerie, soit en obtenant au conseil un arrêt de *soit communiqué*. Cette dernière voie est la seule qui subsiste aujourd'hui. (Loi du 7 septembre 1790, art. 20 et 21.)

(1) Ordonnance de 1737, tit. 2, art. 6.

(2) *Ibid.* art. 28. En matière criminelle, il en est autrement; le demandeur en règlement qui succombe est passible d'une amende de 300 fr., dont moitié est attribuée à l'autre partie. (Code d'instr. crim., art. 367.)

(3) Ordonnance de 1737, tit. 2, art. 8.

La signification de cet arrêt aux parties intéressées doit avoir lieu dans les délais suivants : deux mois à l'égard des parties domiciliées dans le ressort des anciens parlements ou autres cours de Languedoc, Pau, Guyenne, Aix, Grenoble, Besançon, Metz et Bretagne, ou des conseils supérieurs de Roussillon et d'Alsace; un mois pour les parties domiciliées dans les ressorts des parlements et autres cours de Paris, Rouen, Dijon, Douai, et du conseil provincial d'Artois; à la réserve toutefois des parties domiciliées dans l'étendue de la ville de Paris, ou dans les dix lieues à la ronde, à l'égard desquelles le délai de l'assignation ne sera que de quinzaine (1).—Ces délais courent à partir de la prononciation de l'arrêt (2). Du jour où il a été signifié, on doit surseoir à toutes poursuites dans les juridictions saisies des différends des parties, *à peine de nullité et cassation des procédures* (3). ART.

(1) Ordonnance de 1737, tit. 2, art. 9. — V. arrêt de la cour de cassation du 14 janvier 1819; Dalloz, t. 5, p. 263. — Aux termes de l'ordonnance de 1738, 2e partie, tit. 1, art. 3, encore en vigueur pour les demandes en cassation, le délai, non pour signifier l'arrêt d'admission, mais pour comparaître sur cette signification, est déterminé de la même manière.

(2) Ordonnance de 1737, tit. 2, art. 10.

(3) *Ibid.* art. 14.

ART. La signification de l'arrêt tient lieu d'assignation aux parties (1). En conséquence, elles sont en demeure de procéder, dans le délai qu'a fixé l'arrêt, par-devant la section des requêtes chargée d'indiquer le tribunal qui doit connaître du fond (2). Ces sortes de demandes sont instruites et jugées sommairement (3).

Faute par le demandeur en règlement d'avoir fait la signification dans les délais ci-dessus, il est déchu de plein droit du bénéfice de l'arrêt, et le défendeur au règlement peut continuer les poursuites devant le tribunal par lui saisi (4). On verra plus tard que cette déchéance s'applique uniquement à l'hypothèse d'un conflit positif.

Je demande grâce pour la sécheresse de ces détails. En les omettant, j'eusse regretté de ne pouvoir signaler l'importance légale, au point de vue de la procédure actuelle, de nos anciennes circonscriptions judiciaires. Le sol de la France, ébranlé par la chute de ses institu-

(1) Ordonnance de 1737, tit. 2, art. 12.
(2) Loi du 27 ventôse an VIII, art. 60.
(3) Ordonnance de 1737, tit. 2, art. 18.
(4) *Ibid.* art. 13.

tions et par l'enfantement d'une société nouvelle, a été refondu par la main de nos pères. Les antiques limites des provinces disparurent, et leurs noms glorieux n'ont pas même été respectés, car les grandes pensées de régénération ne furent pas alors sans mélange d'irritation et de haine contre le passé. Il semblait que l'histoire dût seule perpétuer leur souvenir. Mais une vieille ordonnance a survécu, fixant certains délais de procédure eu égard au domicile dans tel ou tel ressort; et voilà qu'aujourd'hui, à l'occasion d'un procès né d'hier, le Languedoc et la Guyenne, la Bretagne ou l'Alsace, retrouvent leurs limites effacées; et que, pour le besoin d'un règlement de juges, la cour de cassation relève de l'oubli la majesté des parlements, et recompose, en vertu d'un texte de loi, la France de Louis XIV et de Louis XV. ART.

Je dois examiner avec plus d'étendue la procédure à suivre devant les tribunaux ou les cours.

Les formalités prescrites par le code sont calquées sur les textes de l'ordonnance. La demande en règlement ne peut être portée directement par voie d'assignation devant les juges; le demandeur doit au préalable se pour-

Art. 364. voir par requête afin d'obtenir permission d'assigner.

Cette requête n'est pas notifiée aux parties adverses ; elle est remise au greffe, ou bien au président, qui en fait le rapport à l'audience, ou commet un des juges pour le faire. Le minis-
83. tère public doit faire ses réquisitions, et les juges prononcent. Un auteur, se fondant sur ces termes de l'article 364 : *Il sera rendu jugement portant permission d'assigner*, a imaginé de soutenir que les juges ne pouvaient refuser cette permission, dès que la partie produisait deux exploits établissant qu'un différend est soumis à plusieurs tribunaux (1); mais le droit d'appréciation n'en appartient pas moins aux juges; ils examineront si les deux demandes paraissent identiques ou connexes, et, lorsqu'ils auront une conviction contraire, ils repousseront la requête. Décider autrement, ce serait faire de la requête et du jugement qui l'accueille une coûteuse superfluité.

364. Si les juges accordent la permission d'assigner, ils peuvent en même temps ordonner qu'il sera sursis à toutes procédures dans les

(1) M. Demiau, p. 272. — MM. Carré et Chauveau, Lois de la procédure, question 1330, et Thomine-Desmazures, t. 1, p. 576, tiennent l'opinion contraire.

Art.

tribunaux simultanément saisis par suite d'un conflit positif. La question de surséance est abandonnée à l'arbitrage des juges, qui se détermineront suivant le caractère plus ou moins urgent de la contestation au fond, et d'après les probabilités plus ou moins démontrées de la nécessité du règlement de juges. Le sursis est donc ici simplement facultatif; tandis qu'il doit toujours être prescrit, aux termes de l'ordonnance, lorsque l'on procède devant la cour de cassation.

Toutes procédures faites depuis la signification du jugement qui ordonne le sursis devront donc être annulées, quelle que soit l'issue ultérieure de la demande en règlement de juges (1). Si le sursis n'a pas été prononcé, la validité de la procédure continuée dépend de la décision à rendre sur la demande en règlement.

365. Le demandeur, lorsque sa requête est favorablement accueillie, doit par un même exploit (2) signifier le jugement, et assigner les autres parties dans la quinzaine à compter du

(1) Cette nullité serait prononcée par voie d'appel ou par voie de cassation, aux termes de l'article 14 de l'ordonnance de 1737.

(2) Art. 29 du Tarif.

Art. jour de la prononciation. L'exploit est notifié,
49. sans citation préalable en bureau de paix, au domicile des avoués. Ici la loi tranche quant aux délais une grave difficulté qu'elle avait laissée entière lorsque, réglant la procédure des en-
261. quêtes, elle a voulu que la partie fût appelée à l'audition des témoins par une assignation au domicile de son avoué (1). Dans l'hypothèse d'un règlement de juges, le délai pour comparaître n'est pas fixé par la distance du domicile réel des parties, et l'on ne doit ajouter au délai ordinaire des ajournements que le délai
365. des distances déterminé par *le domicile respectif des avoués ;* c'est-à-dire qu'il faudra calculer la distance entre le domicile de l'avoué constitué par l'assignation du demandeur en règlement, et le domicile de l'avoué qui occupait pour l'autre partie devant le tribunal saisi par celle-ci de la contestation qui fait naître le conflit.—Il est presque inutile de faire observer que si les parties ne sont pas représentées par des avoués, ce qui a lieu dans les justices de paix et dans les tribunaux de commerce, le jugement est signifié, et l'assignation donnée au domicile des parties, et que les délais sont

(1) V. t. 4, p. 275.

alors déterminés par la distance qui sépare ce domicile et le tribunal ou la cour appelés à statuer sur le règlement de juges. ART.

Supposez que le demandeur n'ait pas assigné dans le délai de quinzaine à compter du jugement qui l'admet à se pourvoir, il demeurera déchu du règlement de juges, sans qu'il soit besoin de faire prononcer la déchéance, et les poursuites pourront être continuées devant le tribunal saisi par le défendeur en règlement. On conçoit d'ailleurs qu'en permettant de continuer les poursuites, la loi laisse entier le droit de présenter devant le tribunal l'exception d'incompétence sur laquelle il n'aurait pas encore prononcé. 366.

Mais cette déchéance n'est encourue que lorsqu'il existe un conflit positif. C'est alors seulement que peut s'appliquer le texte de la loi, qui lève le sursis dont se trouvait frappée l'instance introduite par le défendeur. De même que le droit de se pourvoir reste toujours ouvert dans le cas d'un conflit négatif (1), de même aucune déchéance ne peut frapper ce droit en le supposant exercé. Si la déchéance était en-

(1) V. *suprà*, p. 368.

Art. courue, les conséquences auraient une bien autre gravité que lorsqu'il s'agit d'un conflit positif, puisqu'elles mettraient les parties dans l'impossibilité d'obtenir justice. D'un autre côté, le but de la loi, en prononçant la déchéance, a été d'empêcher que les poursuites ne fussent indéfiniment suspendues, sous le prétexte d'obtenir règlement. Mais ce motif disparaît lorsqu'il y a conflit négatif. L'instance ne peut pas se perpétuer, car elle n'existe pas encore. L'action n'a pas établi entre les parties ce lien judiciaire qui, dans le cours d'une instance, les soumet à des obligations réciproques. Quant aux délais, elle n'a de règles que celles imposées par l'indépendance d'une volonté privée, qui peut à son gré la mettre en mouvement ou la laisser assoupie. L'action ne peut donc être indirectement atteinte par l'expiration du délai de quinzaine à compter de la décision qui permet d'assigner en règlement : tout au plus pourrait-on soumettre la partie à présenter une nouvelle requête ; mais cette rigueur inutile ne me paraîtrait justifiée par le texte ni par l'esprit de la loi.

Je dois maintenant supposer les parties lé-

galement assignées, et comparaissant devant les Art.
juges qui ont permis de former la demande en règlement.

Le recours en règlement de juges est une sorte de déclinatoire ; les moyens signifiés de part et d'autre ne peuvent donc excéder six rôles (1). Les avocats développent les conclu-
sions des parties, et le ministère public est de 83.
nouveau entendu. Si le conflit n'existe pas, la demande est rejetée ; les parties sont renvoyées à procéder devant les tribunaux saisis, ou devant le tribunal qu'elles auraient dû saisir, sans qu'il soit nécessaire de l'indiquer; le demandeur
en règlement est condamné aux dépens, et 367.
même, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts envers les autres parties.

S'il y a réellement conflit, les juges reçoivent la demande, et doivent régler la juridiction. Quels principes doivent-ils suivre à cet égard ?

Nulle difficulté lorsqu'un conflit positif s'élève entre deux tribunaux dont un seul est compétent ; c'est celui-ci qui doit rester saisi, et devant lequel la continuation des poursuites devra être ordonnée.

(1) Art. 75 du Tarif.

ART. Les deux tribunaux sont-ils compétents? s'il y a litispendance, c'est-à-dire identité des deux demandes, c'est la priorité de la date entre l'une et l'autre qui détermine celui des tribunaux auquel la cause devra être renvoyée. Cette solution s'appuie sur le texte de l'art. 171. — Mais si de deux causes identiques l'une se trouvait au premier degré, l'autre en appel, c'est au tribunal supérieur que la cause devrait dans tous les cas appartenir.

Est-ce une simple connexité qui motive le conflit ? le principe restera le même ; cependant il peut être forcé de céder à certaines exigences : ainsi, lorsque l'une des demandes connexes présente un intérêt secondaire, eu égard à l'intérêt majeur soulevé par l'autre, c'est le tribunal saisi de celle-ci qui devra retenir la cause, quelle que soit la demande première en date (1). Je croirais aussi que la préférence devrait dans tous les cas être donnée à celui des tribunaux en faveur duquel existerait une attribution spéciale de juridiction.

(1) Arrêts de la cour de cassation du 21 juin 1820, Dalloz, tome 7, p. 604, et du 18 avril 1842, Dalloz, 42, 1, 281.

S'agit-il d'un conflit négatif, on sait qu'il ne peut y avoir lieu à règlement que lorsqu'au nombre des tribunaux auxquels la demande avait été portée se trouve le tribunal compétent. Art.

Il ne se présente aucune difficulté lorsque, ce tribunal ayant reconnu sa compétence, le droit de juger lui a été mal à propos dénié par la juridiction supérieure, sur l'appel dirigé contre le jugement du déclinatoire. Alors il n'y a aucun inconvénient à renvoyer, par voie de règlement, devant le tribunal du premier degré qui avait proclamé sa propre compétence; car, en se soumettant au règlement de juges, il n'aura pas à se courber sous le joug d'une décision contraire à celle qu'il a rendue.

Mais la cause pourrait-elle être renvoyée au tribunal même qui mal à propos s'est déclaré incompétent ? C'est là une difficulté grave, qui se rattache à des principes que j'expliquerai plus tard, parce que leur développement me jetterait en dehors de la matière spéciale des règlements de juges (1). Il suffit de rappeler ici qu'en indiquant le tribunal qui doit rester saisi, les juges ne procèdent pas par voie de

(1) Cette question se rattache à l'interprétation de l'article 472 du code.

Art. *réformation*, mais par voie de *règlement*; aussi, quelle que soit l'interprétation qu'exige le texte de l'article 472, je n'hésite pas à adopter sur la question posée une solution affirmative.

C'est aussi à raison de la nature particulière de la décision rendue, que je refuserais la voie de l'appel contre le règlement de juges émané d'un tribunal de première instance. C'est l'œuvre d'un tribunal souverain dans son ressort, faisant acte d'administration plutôt que de juridiction. Le seul recours possible, soit que le règlement de juges émane d'un tribunal, soit qu'il émane d'une cour, c'est le pourvoi en cassation.

En cherchant à se rendre compte de l'utilité pratique du règlement de juges, on reconnaît sans peine que cette voie de recours fera presque toujours double emploi avec les exceptions déclinatoires d'incompétence, de litispendance ou de connexité. Le règlement de juges ne devient *nécessaire* que lorsque, pour le succès de l'exception, les parties ont négligé de recourir à l'appel ou au pourvoi en cassation. L'intérêt qui s'attachait au règlement de juges a disparu, dès que l'on a vu s'éteindre l'esprit d'envahissement des juridictions d'autre-

fois. Ne serait-ce pas un anachronisme de rappeler aujourd'hui cet avertissement sévère, qu'avec son âpre indépendance de langage, le chancelier Bacon adressait aux juges de son temps : « Que les tribunaux soient sujets à ferrailler les uns contre les autres et qu'il y ait conflit de juridiction, c'est un inconvénient attaché à l'humaine nature ; mais il ne faut pas pour cela, en vertu de cette inepte maxime qui dit *qu'un bon juge, un juge vigoureux, doit travailler à étendre la juridiction de son tribunal*, nourrir ce vice de constitution, et user de l'éperon où le frein serait nécessaire ; car quel plus mauvais exemple que de voir les tribunaux, établis pour maintenir la paix, s'appeler en duel les uns les autres (1) ? » ART.

(1) *Ut curiæ de jurisdictione digladientur et conflictentur, humanum quiddam est; eoque magis quod per ineptam quandam sententiam (quod boni et strenui sit judicis ampliare jurisdictionem curiæ) alatur planè ista intemperies et calcar addatur ubi fræno opus est... Pessimi enim exempli res est ut curiæ quæ pacem subditis præstant, inter se duella exerceant.* (*Exemplum tract. de justit. univers. Aphor.* 96).

# CHAPITRE XXVI.

## DU RENVOI A UN AUTRE TRIBUNAL.

(Liv. 2, tit. 20, art. 368-377 du code de proc.)

Art. Le règlement de juges autorise un tribunal compétent à retenir la cause; *le renvoi* suppose l'indication d'un tribunal autre que celui à qui la loi attribue la compétence.

Le sujet que j'aborde réveille le souvenir des *évocations*, mot plein d'iniquités, que notre procédure nouvelle a repoussé (1), comme pour donner une satisfaction à ces longues douleurs qui, durant le cours des siècles, arrachèrent aux justiciables tant de plaintes perdues au milieu des malheurs publics, étouffées par la faveur ou comprimées par l'arbitraire.

(1) Dans le projet du code, l'article 83, relatif à la communication au ministère public, se servait du terme d'*évocation;* sur la demande du tribunat, on y substitua celui de *renvoi*.

L'abus des évocations apparaît à chacune des plus tristes pages de notre histoire. Si, dans les fastes de l'ancienne France, vous trouvez quelque règne attristé par les guerres civiles, humilié par la conquête, abaissé par le malheur des armes ou par les lamentables faiblesses d'un roi, vous trouvez aussi la justice exilée de son sanctuaire, livrée à d'indignes ministres dont les arrêts éclosent sous la main du pouvoir ou le souffle de la corruption. Art.

Parmi les évocations, les unes s'appelaient évocations *de grâce*, les autres, évocations *de justice* (1).

Le privilége attaché aux évocations de grâce permettait d'enlever aux juges naturels la connaissance d'un procès pour l'attribuer à d'autres juges. Tantôt ce privilége s'appliquait

(1) Il y avait aussi une troisième espèce d'évocation, dont il a été déjà question dans plusieurs des chapitres qui précèdent, et qui avait lieu lorsque le tribunal supérieur attirait à lui la connaissance d'un procès soumis à la juridiction inférieure. Cette sorte d'évocation s'est conservée dans notre procédure; seulement, dans notre nouveau droit, le tribunal supérieur *retient* la cause plutôt qu'il ne l'*évoque*. Je m'expliquerai sur cette matière au titre de l'appel. — V. art. 475.

ART. à toutes les affaires d'une personne ou d'une corporation, tantôt il était spécial à telle affaire déterminée. Dans cette catégorie rentraient les *committimus*, les lettres de garde-gardienne (1), et les attributions faites au grand conseil des affaires de quelques ordres religieux.

Les évocations *de justice* s'obtenaient à raison des parentés et alliances que l'une des parties pouvait avoir dans le tribunal auquel l'affaire était portée, ou à raison des sollicitations et *pourchas* que les présidents ou conseillers auraient faits *pour le support et faveur de la cause* (2).

Ces deux sortes d'évocations étaient cependant frappées d'une même réprobation. Les anciennes ordonnances nous disent comment on supposait des *consanguinités*, *af-*

(1) Les lettres de *garde-gardienne* avaient le même objet que les *committimus*. C'étaient des lettres octroyées à des communautés, chapitres, abbayes, etc., qui leur donnaient le privilége de plaider par-devant *le juge royal* dénommé dans les lettres, à l'exclusion *des juges des seigneurs*. On accordait aussi des lettres de *garde-gardienne* aux régents, écoliers et suppôts de l'université, en vertu desquelles ils avaient le droit de plaider par-devant le juge conservateur des priviléges de l'université. — V. ordonn. de 1669, tit. 4.

(2) Édit de 1545.

*finités ou amitiés*, et comment étaient extorquées les évocations par importunité ou par inadvertance contre la disposition de la loi. Il est vrai que les rois protestaient eux-mêmes contre de telles surprises ; et, se reposant sur d'autres du soin d'y porter remède, ils défendaient aux juges d'avoir égard aux évocations par tels moyens obtenues : vaines protestations qui montrent seulement qu'ils n'étaient pas assez forts pour détruire le mal, et qu'ils étaient trop faibles pour le réparer. ART.

Les ordonnances renouvelées sous chaque règne (1) attestent jusqu'à quels excès l'abus s'était exagéré : « Comme depuis aucun temps en çà nous ayons été advertiz et informés par nostre trescher féal et grand amy le cardinal de Sens, notre chancellier, et aussi par aucuns deleguez de noz cours de parlement, que plusieurs évocations et jusques au nombre effrené, ont été ci-devant despechées à cause des recusations baillées contre aucuns

(1) V. les édits de Charles V, 1370; Charles VI, 1389; Charles VII, 1446 et 1453; Louis XI, 1479; Charles VIII, 1490; Louis XII, 1510; François I[er], 1529, 1539 et 1545; Henri II, 1555; Charles IX, 1560 et 1566; Henri III, 1579; Louis XIII, 1629; Louis XIV, 1669; Louis XV, 1737.

ART. des présidens et conseilliers de nosdictes cours, *qui est grosse vexation, fraiz et mises intollerables aux parties litigantes et grand retardement de justice.* Et pour autant que cela peut advenir, pour icelles evocations octroyer trop facilement, ou pour les parentages, consanguinités, affinités et alliances, ou autres, d'iceux qui sont en noz dictz parlemens : desirans y pourveoir pour l'advenir, affin d'oster et abolir à nostre pouvoir *toutes cauteleuses voyes et moyens de ceux qui poursuyvent telles évocations ou retardement de justice, préjudice et dommage de noz subjects*, avons par manière de provision, et jusques à ce que autrement en sera par nous ordonné : après avoir eu sur ce l'advis d'aucuns grands et notables personnages de notre conseil de noz cours de parlement, en ensuyvant iceux, avons ordonné et ordonnons les choses qui s'ensuyvent (1). »

Mais la consécration du temps, en couvrant de ses ombres les vices de leur origine, donne souvent aux abus l'apparence et la stabilité d'un droit. L'édit de 1529 n'apporta au mal aucun remède efficace. Les évocations se multiplièrent encore sous prétexte de parenté, ainsi

(1) Édit de 1529.

que nous l'apprend un nouvel édit donné seize ans plus tard : « Comme aucuns d'icelles nos dictes cours nous ont fait dire et remonstrer, icelluy edict n'estre gardé n'y observé; aussi par icelluy n'est suffisamment pourveu es cauteles et inventions des poursuivans interdictions et évocations, tellement que à présent plusieurs noz subjects sont autant et plus travaillez au moyen desdictes évocations, qu'auparavant nostre dict édict (1). » Art.

Certes, ce n'est pas la moindre gloire attachée au souvenir des parlements, que ces répugnances inspirées par la sévère impartialité de leurs arrêts, et ces efforts tentés pour se procurer ailleurs une justice plus facile. Ce furent cette vertu stoïque et cette inaltérable fermeté qui maintinrent à la hauteur de la majesté royale la majesté de leur justice, et qui valurent à ces imposantes figures parlementaires le culte de respect et de reconnaissance que nous leur gardons encore : nobles caractères qui surent, au milieu de nos tristes discordes et devant l'abaissement ou la grandeur des rois, repousser à la fois cette molle complaisance marquée du signe honteux de la servitude, et

(1) Edit de 1545.

Art. cette malveillance qui se cache sous un faux air de liberté : *Quippè adulationi fœdum crimen servitutis, malignitati falsa libertas inest* (1).

En proposant des causes d'évocation, on soumettait son adversaire à cette alternative : de plaider au *grand conseil*, qui, appelé à vérifier les griefs allégués, retenait presque toujours la connaissance de la cause, ou d'abandonner un droit légitime plutôt que de se consumer en frais en allant chercher au loin une justice douteuse devant une juridiction privilégiée (2).

Comment l'ancien conseil des rois fut-il érigé en cour judiciaire? quelles furent alors ses attributions, et à qui se trouvèrent dévolues celles qu'il exerçait autrefois pour les affaires de l'État?

Voici comment Pasquier explique l'origine et le développement de ces faits :

(1) Tacite, Histoires, liv. 1, n° 1.

(2) « D'autant qu'on n'évoque pas dans l'espérance d'une meilleure justice, mais dans le dessein de vexer ceux contre qui l'on plaide, et de les contraindre à abandonner la poursuite de leur cause par l'impuissance dans laquelle on les réduit d'aller plaider à deux cents lieues loin de leurs juges naturels. » Bornier sur l'ordonnance de 1669, tit. 1, art. 1.

« Ayant esté le parlement arresté dans la ville capitale de la France (1), et le roy desgarny (ce luy sembloit) de son ancien conseil pour en avoir voulu accomoder ses subjects, cette nouvelle police donna acheminement à une autre. D'autant qu'il fut nécessaire au prince d'avoir gens autour de soy pour luy administrer conseil aux affaires qui se présenteroient pour l'utilité du royaume. Ces personnages étoient pris tant du corps du parlement sédentaire, que des princes et grands seigneurs de la France, selon les faveurs qu'ils avoient de leur maistre.... Voire que tout ainsi qu'auparavant on disoit que le roy tenoit son parlement, lorsqu'à jours solennels il faisoit convocation des princes et prélats pour terminer quelques différens notables; aussi trouve-t-on que depuis, en cas semblable, au lieu de parlement on disoit que le roy alloit tenir son grand conseil en tels ou tels lieux que bon luy sembleroit (2)... Toutefois, pour bien entendre Art.

(1) C'est-à-dire rendu sédentaire à Paris par l'ordonnance de Philippe le Bel du 23 mars 1302, art. 62.

(2) Cependant on trouve dans les ordonnances antérieures à Philippe le Bel, ces expressions : *nostrum consilium*, *commune consilium*. On les rencontre dans l'ordonnance de 1302 elle-même, art. 12.

Art. cecy, ce grand conseil du commencement n'estoit fondé en jurisdiction contentieuse : car telles matières estoient réservées pour la cognoissance de la cour du parlement ; ains seulement cognoissoit de la police générale de la France, concernant ou le faict des guerres ou l'institution des édicts, dont la vérification appartenoit au parlement. Et dura longuement tel ordre, c'est-à-dire jusque sur le commencement des factions qui intervindrent entre la maison d'Orléans et celle de Bourgogne, auquel temps tout ainsi que toutes les choses de la France se trouvèrent grandement brouillées et en très-grand desarroy; aussi ceux qui avoient la force et puissance par devers eux pour gouverner toutes choses à leur appétit, faisoient évoquer les négoces qu'il leur plaisoit par devers le conseil du roy... et par cette voye frustroient ceux de la cour du parlement des causes qui leur étoient affectées... Ce même ordre fut gardé par Charles VII, après que les choses furent réduites et que le parlement de Poictiers fut uny avec celuy de Paris : car, en cette diversité de différens qui se présentoient de la part de plusieurs qui vouloient estre réintégrés en leurs terres, dont la possession et jouyssance leur avoit esté ostée par la venüe

des Anglois, le roy, pour les assoupir, renvoyoit la plus grande partie de telles causes en son grand conseil : lequel, pour cette occasion, commença de s'enfler tellement en nombre effréné et excessif de procez, que les trois estats qui furent tenus sur l'advenement du roy Charles VIII à la couronne, requirent qu'il estoit besoin que le roy eust avec soy un grand conseil de la justice, auquel présideroit le chancelier, assisté de certain nombre de notables personnages de divers estats et contrées bien renommez et experts en l'administration de la justice, lesquels conseillers feroient les serments à ce appartenant, et seroient raisonnablement stipendiez. Qui fut cause que Charles VIII s'advisa depuis de réduire ce grand conseil en forme de cour ordinaire... Par quoy, pour bien dire, tout ainsi que le grand conseil du temps de Philippe le Bel avoit esté extrait du corps de ceux du parlement, non pas pour juger les procez, ains pour traiter en la présence du roy les affaires d'estat, aussy estant réduit en cette forme que j'ay dite, il estoit comme un ombre tiré du conseil du roy, pour terminer avec le chancelier les affaires de justice qui se présenteroyent à la suite du roy (1). »

(1) Pasquier, Recherches de la France, liv. 2, chapitre 6.

Art. Ainsi le grand conseil, établi dans le principe pour délibérer sur les affaires qui concernaient l'utilité du royaume', se laissa bientôt entraîner dans une autre sphère, et, par cette tendance envahissante commune à tous les grands corps autrefois institués, il usurpa de fait les attributions judiciaires même avant l'époque où le roi Charles VIII l'érigea définitivement en cour de justice.

Néanmoins sa compétence ne fut jamais bien déterminée, car il conserva toujours, avec le caractère d'une juridiction exceptionnelle, l'empreinte d'arbitraire et d'instabilité attachée à son origine politique.

« Combien que cette juridiction soit grande, si est-ce que pour en dire la vérité elle ne recognoist sa grandeur que par l'indulgence des chanceliers, lorsqu'ils se débordent quelquefois en lettres d'évocation... Aussi, à la vérité, n'y est traitée chose aucune dont les parties ne puissent prendre reiglement de leurs juges naturels ou domiciliers, ou bien par les parlements... et certes nos rois se sont trouvez assez empêchez à les occuper, et en ont quelquefois trenché et coupé, leur donnans, puis leur ostans, ainsi que bon leur sembloyt (1). »

(1) Pasquier, Recherches de la France, liv. 2, ch. 6.

De sorte qu'en suivant dès leur berceau ces transformations successives, on voit dans l'origine la cour du roi investie de la double attribution de délibérer sur l'administration du royaume et de vider les procès : cour judiciaire et conseil d'État ; puis, lorsque l'influence des légistes, nouveaux venus siégeant à côté des anciens pairs, fut devenue dominante, la cour du roi se convertit, sous Philippe le Bel, en parlement de justice régulier et sédentaire (1). Art.

Pour la première fois se trouve indiquée la ligne qui sépare le pouvoir qui juge et le pouvoir qui administre. A côté des parlements, mais distinct et séparé d'eux, s'élève le conseil des rois, qui dans le principe *n'estoit fondé en juridiction contentieuse ; ains seulement co-*

(1) M. Klimrath, dans un travail sur les *Olim*, a cherché à démontrer que l'ordonnance de Philippe le Bel n'avait apporté aucune modification importante à ce qui se pratiquait antérieurement, soit quant à la périodicité des réunions du parlement, soit quant à la fixité du lieu où le parlement devait se réunir (Travaux sur l'histoire du droit français, t. 2, p. 87) ; mais cette controverse n'a pas un grand intérêt ; toujours est-il que la multiplicité des procès et la nécessité de tenir deux parlements par an expliqueraient suffisamment pourquoi les attributions du grand conseil devinrent distinctes des attributions de la cour.

Art. *gnoissoit de la police générale de la France, concernant ou le faict des guerres ou l'institution des édicts dont la vérification appartenoit au parlement.* Alors une double lutte s'engage. Les parlements n'abandonnent qu'à regret leur importance politique; et leur immixtion dans les affaires de l'État se manifestera sous la forme des *remontrances*, et par leurs résistances à l'enregistrement des édits; tandis que le grand conseil, créé comme une annexe de la puissance royale pour délibérer sur l'administration de la chose publique, usurpe, durant un temps de troubles et de confusion, une juridiction de circonstance, et parvient si bien à l'agrandir, que cette attribution usurpée absorbe ses attributions d'origine, et que son caractère exclusif de cour judiciaire est bientôt consacré par un édit (1).

Le roi se fût donc trouvé une seconde fois *desgarny de son conseil*, si, en démembrant le grand conseil pour en former une cour de justice, on n'eût pas en même temps réservé, en dehors de cette transformation, les éléments d'un nouveau conseil d'Etat pour traiter les

(1) Le grand conseil fut érigé en cour judiciaire par Charles VIII en 1497.

affaires du royaume ; mais ce ne fut pas sans peine que l'on put contenir cet esprit d'envahissement qui menaçait encore de dénaturer la nouvelle institution. Art.

« Depuis la réduction du grand conseil en tel ordre, nous appelons *conseil privé*, celuy qui se tient environ la personne du roy : auquel messire Guillaume Poyet, chancelier, qui avoit été nourry dès le berceau à façonner les procez, apporta tant de chiquaneries, que combien qu'auparavant luy on ne traitast en ce lieu que matières d'Estat, si est-ce qu'il commença de prester l'oreille aux parties privées pour matières mesmement qui se doivent décider dans un chastelet de Paris ou une cohue de Rouen... A cause de quoy messire François Olivier (auquel pendant le règne de Henry on avoit subrogé un garde des seaux), ayant esté rappelé à l'administration de son estat de chancelier, sur l'advénement du roi François II à la couronne, la première chose qu'il eust en recommandation fut d'exterminer du conseil privé toutes telles manières de procez, renvoyant chacun à sa chacune (1). »

(1) Pasquier, Recherches de la France, liv. 2, chapitre 6.

ART. C'est en se plaçant à un faux point de vue, et sous la préoccupation des idées actuelles, que l'on a pu voir une usurpation des attributions judiciaires dans le droit exercé par le conseil privé de régler les juges, de prononcer les renvois d'un tribunal à un autre, ou de casser les arrêts. C'était en exerçant au nom du roi la puissance législative, que le conseil privé intervenait pour fixer la compétence en cas de conflit, ou pour investir un tribunal d'une compétence que lui refusait la loi générale; c'était enfin comme législateur, et non comme juge, qu'il réprimait, par voie de cassation, la violation de la loi. Cela est tellement vrai que si la cassation était demandée non pour infraction à la loi, mais pour cause de contrariété d'arrêts, ce n'était plus au conseil privé, mais au grand conseil que les parties devaient s'adresser (1). — Peut-être y avait-il confusion, mais il n'y avait pas usurpation de pouvoirs.

En se reportant à l'époque où notre ancienne

(1) Toutefois, en cas de contrariété d'arrêts entre une cour de parlement et le grand conseil, il y avait nécessité de porter la demande en cassation au conseil privé. — V. ordonnance de 1738, 1re partie, tit. 6.

jurisprudence va nous fournir ses textes et ses précédents, on trouve donc en présence : — la juridiction ordinaire des parlements et celle des tribunaux inférieurs, s'exerçant dans un ressort déterminé par la circonscription des provinces; — la juridiction du grand conseil, cour souveraine connaissant, à l'exclusion des parlements, de certaines matières spéciales (1), et concurremment avec eux, dans quelques circonstances, de toutes questions et de toutes matières; ayant enfin pour ressort la France entière; — le conseil privé, organe direct du pouvoir législatif, intervenant dans ses rapports avec l'autorité judiciaire, pour suppléer à la loi ou la faire respecter (2). Art.

J'ai dû sous un point de vue général montrer l'ensemble de ces rouages; je n'ai plus qu'à indiquer comment ils s'engrènent et se meuvent, en examinant spécialement l'importance qui leur appartient, et la place qu'ils occupent dans la matière des évocations, telle

(1) Quant aux matières dont le grand conseil connaissait à l'exclusion des parlements, voyez Brillon, v° *grand conseil*.

(2) V. aussi, sur les attributions successives du parlement, du grand conseil et du conseil privé, Loyseau, des Ordres et simples dignitez, ch. 2, n° 26.

Art. que l'ancienne jurisprudence l'avait peu à peu façonnée.

Une partie, pour se soustraire à la juridiction de ses juges naturels, sollicitait une évocation; sans nous préoccuper davantage du motif qui pouvait la guider, et des abus qui en naissaient, il faut examiner la marche qu'elle devait suivre et à quelle autorité elle devait s'adresser.

Aux termes des anciennes ordonnances, c'était le grand conseil qui vérifiait les causes d'évocation. Ceux qui voulaient évoquer les procès pendants *devant une cour* devaient présenter requête à cet effet; et comme il était arrivé que les parties *se procuraient* des causes d'évocation *procédant de leur faict, dol et coulpe, supposant consanguinitez, affinitez et amitiez* contre les présidents et conseillers des parlements, François I[er] établit, par son édit de 1545, que ceux qui présenteraient requête pour obtenir des évocations déclareraient spécialement *les degrez de consanguinité et affinité, actes et moyens d'amitié, et quel effect ou pourchas* en faveur de la cause pouvaient rendre suspects les présidents ou conseillers.

Si les faits étaient pertinents, les parties informaient respectivement par-devers le grand conseil en la forme ordinaire des enquêtes. Art.

Les causes d'évocation étant vérifiées et admises, le procès devait être renvoyé devant une autre cour; mais il était le plus souvent retenu au grand conseil. Le crédit de la partie qui obtenait l'évocation, trouvait un appui dans l'intérêt des procureurs, qui, institués en titre d'office auprès du grand conseil, ne manquaient pas de conclure ou de consentir à la rétention du fond. Aussi, aux termes de l'édit, est-il expressément « prohibé et défendu que aucun procureur ne soit reçeu à présenter requeste pour évoquer ne interdire nos dictes cours, ou *consentir que aucun procés soit retenu en notre dict grand conseil*, s'il n'ha procuration expresse et spéciale pour ce faire (1). »

Mais l'édit de 1545 ne fut, comme l'édit de 1529, qu'une faible barrière à travers laquelle le crédit et l'intrigue surent bientôt pratiquer une trouée; les ordonnances de 1566, de 1579 et de 1629, essayèrent inutilement de nouveaux remèdes. Les lois n'avaient alors qu'une puissance empruntée à la puissance de l'homme, dont le génie leur communiquait sa

(1) Edit de 1545.

ART.

force et sa grandeur : lettres mortes, vaines protestations entre les mains d'un Duprat ou d'un Poyet; textes vivants et respectés sous la garde d'un Lhôpital ou d'un Olivier. « C'est une grande illusion avec oppression faite au pauvre peuple, disait Coquille à propos de ces lois désarmées; et si aucun s'en plaint, on n'en fait rien davantage, tellement que l'effet donne à connoistre que la plupart de ces loix sont ombres sans corps (1). »

Vint enfin l'ordonnance de 1669, qui coupa le mal à sa racine. Elle enleva définitivement au grand conseil le droit de statuer sur les causes évocatoires, pour l'attribuer au conseil privé (2). Le grand conseil ne put dès lors s'emparer lui-même de la connaissance du fond, et il ne fut appelé à juger, lorsque l'évocation était admise, que dans les cas exceptionnels où la cause lui était renvoyée par

(1) Note sur l'art. 178 de l'ordonnance de 1579, Recueil de Néron, tome 1, p. 599.

(2) L'ordonnance de 1579, art. 97, voulait aussi que les requêtes de ceux qui poursuivaient les évocations fussent rapportées au *conseil privé ;* mais on éludait la disposition de l'ordonnance en obtenant directement des lettres de chancellerie pour évoquer le procès au grand conseil.

le conseil privé (1). Dans les cas ordinaires, le fond était renvoyé au plus prochain parlement. Les causes de suspicion fondées sur la parenté et l'alliance conservèrent encore la dénomination de moyens d'*évocation;* mais ce mot perdit dans ce cas sa signification primitive, car elles ne donnaient plus lieu qu'à un *renvoi*. Art.

Diverses déclarations vinrent plus tard compléter cette ordonnance; « car la mauvaise foy ou l'artifice des plaideurs, ayant inventé de nouveaux détours pour en éluder l'exécution, il a fallu y opposer de nouvelles précautions (2). » L'ordonnance de 1737 régla définitivement cette matière en réunissant les dispositions antérieures, en suppléant à certaines omissions, en expliquant ce qui pouvait être obscur.

La procédure devant le conseil privé fut maintenue (3); le nombre et le degré des parentés

(1) Le procès était renvoyé au grand conseil lorsqu'il était évoqué du parlement de Paris ou des autres parlements les plus proches, si celui de Paris était excepté comme suspect. — V. la déclaration du 23 juillet 1701 et l'ordonnance de 1737, tit. 1, art. 33.

(2) Préambule de l'ordonnance de 1737.

(3) Cette procédure était réglée par les art. 37 et suiv. du tit. 1er de l'ord. de 1737.

ART. ou alliances exigés pour motiver l'évocation furent déterminés (1), et l'ordonnance indiqua d'une manière précise à quelle cour le renvoi devait être fait, suivant que l'affaire donnant lieu à l'évocation se trouvait pendante à tel parlement ou à tel autre, sauf l'exception de suspicion qui pouvait être élevée contre le parlement indiqué (2).

Toutes ces règles s'appliquaient exclusivement à l'évocation concernant un procès pendant en une cour souveraine; c'est alors seulement que s'exerçaient les attributions du conseil privé. Devant les juridictions inférieures, on suivait, pour faire prononcer le renvoi, une autre forme de procédure, qui doit particulièrement fixer l'attention, car c'est celle que nous allons retrouver consacrée par notre code.

L'ordonnance de 1560 et celle de 1579, confirmées par l'art. 44 de l'ordonnance de 1669, défendirent d'évoquer les procès soumis aux présidiaux, si ce n'est que la partie y fût officier ou qu'elle y eût son père, son fils ou son frère, auquel cas le procès était renvoyé *au*

(1) Ord. de 1737, tit. 1, art. 2 et suiv.

(2) Ord. de 1737, tit. 1, art. 33 et suiv.

*prochain siége présidial, à la simple réquisition de l'autre partie.* Ainsi la juridiction suspecte devait se dessaisir elle-même, sans qu'il fût besoin d'obtenir des lettres de chancellerie, ou de se pourvoir au conseil. Mais le renvoi à un autre présidial n'avait lieu que lorsqu'il s'agissait des affaires qui rentraient dans le premier chef de l'édit des présidiaux, c'est-à-dire qui pouvaient être jugées en dernier ressort; car, si la cause devait être jugée à charge d'appel, il n'y avait pas lieu à renvoi (1). Il en était ainsi pour les autres juridictions subalternes, qui ne statuaient jamais qu'en premier ressort. Pour celles-ci il y avait une autre raison qui faisait encore obstacle au renvoi; c'est que, la plupart étant *patrimoniales*, l'intérêt du seigneur justicier l'emportait sur l'intérêt privé des parties (2). Il ne pouvait y avoir lieu qu'à une simple récusation.

ART.

Quelle que fût la répulsion soulevée par le

(1) V. ord. de 1737, tit. 1, art. 87. L'ordonnance déroge en ce point aux articles 52 de l'ordonnance de 1560 et 121 de celle de 1579, qui permettaient d'évoquer au prochain siége présidial, soit que le procès dût se juger *à l'ordinaire*, soit qu'il dût se juger *présidialement*.

(2) Arrêt du parlement de Dijon, rapporté par Bouvot, v° *renvoi*, quest. 42.

ART. système des évocations, la loi nouvelle fut forcée d'accueillir le principe. On devait prendre en considération les appréhensions d'un plaideur qui verrait, parmi les juges d'un tribunal, des parents ou des alliés de son adversaire. Une récusation, en les obligeant à s'abstenir, leur enlèverait le droit de juger, mais sans détruire leur influence. Le plaideur pourrait craindre encore qu'ils ne se transformassent en solliciteurs, et que leurs opinions personnelles, égarées par la prévention, n'égarassent les autres juges.

Mais les réformes s'attaquèrent d'abord aux institutions judiciaires, avant de modifier les formes de la procédure. Aussi dans le principe les innovations se bornèrent à transporter au tribunal de cassation les anciennes attributions du conseil privé en matière de renvoi (1), en laissant subsister d'ailleurs les dispositions de l'ordonnance.

Cependant l'esprit de corps des anciennes juridictions était mort avec elles : à l'ambition de s'agrandir, aux rivalités de territoire et

(1) V. loi du 27 novembre 1790, art. 2 et 9 ; les constitutions du 3 septembre 1791, chap. 5, art. 19 ; du 5 fructidor an III, art. 254 ; du 22 frimaire an VIII, art. 65 ; loi du 27 ventôse an VIII, art. 60.

de prérogatives, allaient succéder une ambition plus généreuse, une plus noble rivalité; l'intérêt de leur grandeur et de leur prépondérance s'effacerait devant l'intérêt du plaideur réclamant une justice à l'abri même d'un soupçon. Les rédacteurs du code de procédure ne virent donc sous ce rapport nul inconvénient à remettre au tribunal saisi, quel que fût son degré, le soin de prononcer le renvoi et d'en apprécier les causes.

Art. 368.

La demande en renvoi est une récusation dirigée contre un tribunal entier (1). Mais la cause qui rend suspecte la juridiction du tribunal ne justifierait pas contre chacun de ses membres une récusation individuelle. Pour obtenir le renvoi, il suffit qu'un certain nombre de juges soient récusables comme parents ou alliés de l'une des parties. La suspicion qui

(1) La cour de cassation, dans ses observations sur le code de procédure, avait placé sous un même titre et soumis à des règles uniformes la récusation proprement dite et la demande en renvoi ; voici la définition qu'elle donnait sous l'art. 76 de ses observations : « La récusation tend à exclure de la connaissance d'un différend, un tribunal entier ou quelques-uns de ses membres, quoique compétents à le juger en vertu de leur juridiction. »

Art. frappe le tribunal est uniquement fondée sur cette crainte, que la partialité présumée des juges parents ou alliés ne soit *communiquée* aux autres juges. C'est cette différence entre la récusation dirigée contre le juge soumis à l'influence de faits qui lui sont personnels, et le renvoi basé sur l'influence indirecte d'un tiers, qui explique pourquoi le tribunal suspect peut apprécier lui-même les causes de renvoi, tandis que le juge récusé ne peut concourir au jugement de la récusation (1).

368. Pour que la demande en renvoi puisse être accueillie, il faut que l'une des parties ait deux parents ou alliés jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement (2) parmi les juges d'un tribunal de première instance, ou trois dans une cour royale. — Si l'une des parties était elle-même membre du tribunal ou de la cour, il suffirait qu'elle eût un parent ou allié au degré indiqué parmi les juges du tribunal, ou deux dans la cour royale. — La différence du nombre, suivant qu'il s'agit d'un tribunal ou d'une cour, s'explique par la raison que l'influence trouve à s'exercer plus facilement lorsque le personnel des juges est moins nombreux; néanmoins on

(1) V. le chapitre suivant.
(2) V. ord. de 1737, tit. 1, art. 2 et 3.

n'a pas cru nécessaire de distinguer, comme le faisaient les anciennes ordonnances, entre les tribunaux ou les cours composés d'un plus ou moins grand nombre de sections ou de chambres. Art.

La loi met sur la même ligne l'influence que peut exercer le juge partie au procès, et l'influence du juge parent ou allié des plaideurs. Aussi n'hésiterais-je pas à penser que si deux juges, ayant un intérêt commun, plaidaient devant leur tribunal, ou trois, devant la cour royale à laquelle ils appartiennent, il y aurait un motif suffisant pour demander et faire prononcer le renvoi.

Autrefois le juge pouvait être considéré comme partie, et l'on évoquait du chef de ses parents ou alliés, *lorsqu'il avait fait son fait propre* d'une cause ou d'un procès pendant en sa juridiction. *Le fait propre* ne pouvait résulter que de ces trois circonstances réunies : s'il avait sollicité les juges de la compagnie en personne, consulté, et fourni aux frais du procès (1). Aujourd'hui ce serait un point de fait abandonné à l'appréciation du tribunal, que de décider si des démarches de cette nature peuvent

(1) Ordonnance de 1737, tit. 1, art. 68.

ART. faire considérer le juge comme intéressé personnellement au procès. Le code n'établit pas à cet égard de présomptions légales.

Peu importerait d'ailleurs que les juges, parents, alliés ou parties, appartinssent à une autre *chambre* que celle qui est saisie du procès, puisque l'influence résultant des liens de confraternité entre les membres d'un même tribunal subsisterait dans ce cas avec tous ses dangers. « Les officiers du parlement sont conseillers et collègues en mesme cour encores qu'ils y exercent leurs charges soit à temps ou toujours, en diverses et séparées chambres, ny plus ny moins que ceux là s'appellent compagnons, soldats de guerre, qui servent ou ont servy ensemblement en mesme camp ou bataille, bien que sous diverses enseignes, bandes et compagnies (1). »

Si les parents ou alliés n'étaient pas au nombre indiqué, il y aurait lieu seulement à récusation dans le cas où ils appartiendraient à la chambre appelée à juger. Dans l'ancienne jurisprudence, la présence de parents ou alliés en nombre insuffisant pour donner lieu à une évocation pouvait autoriser une demande en

(1) Maynard, liv. 1, ch. 82.

renvoi d'une chambre à l'autre (1). Nos lois nouvelles ne contiennent aucune disposition analogue. Art.

Les prévisions de la loi s'appliquent aux tribunaux de première instance, civils ou de commerce, et aux cours royales; les tribunaux de paix restent en dehors de ses dispositions. Pour eux, comme pour les anciennes juridictions inférieures, l'application des principes ordinaires entraînerait de graves inconvénients, puisque devant un seul juge, toute récusation pour parenté ou alliance serait en même temps une cause de renvoi. D'ailleurs la récusation est une suffisante sauvegarde pour la modicité des intérêts qui se débattent devant les tribunaux de paix (2).

Ces questions sont facilement résolues, si l'on consulte la lettre et l'esprit de la loi. Il y a

(1) Ord. de 1737, tit. 1, art. 85. — C'est ce que dans la pratique du parlement de Toulouse on appelait un *évincement*. V. Rodier, sur l'ordonnance de 1667, tit. 11, § 4.

(2) Le renvoi peut néanmoins dans certains cas devenir *nécessaire*, lorsqu'on procède devant la justice de paix. V. *infrà*, p. 441.

Art. plus de difficulté à déterminer le sens attaché à l'expression de *juge*, et quelle sorte de parenté donne lieu au renvoi.

Les juges suppléants doivent-ils compter parmi les juges dont la parenté ou l'alliance avec l'une des parties peut motiver le renvoi? Cette question se résout par les principes d'organisation des tribunaux de première instance.

Les suppléants ne sont pas des juges *habituels;* ils n'ont le droit de prendre part à un jugement que lorsque les titulaires ne se trouvent pas au nombre requis (1). Mais on peut dire aussi que ce ne sont pas des fonctions *accidentelles* qu'ils remplissent, et que le caractère du magistrat survit en eux à l'exercice momentané du ministère de juge. C'est là ce qui rend embarrassante la question à résoudre; car il faut trouver la solution dans la combinaison de ces deux idées : le suppléant est un membre du tribunal, mais il n'y remplit pas de fonctions habituelles.

Comme membre d'un tribunal, il est soumis à la juridiction de la cour royale pour les délits par lui commis même en dehors de ses fonctions (2). C'est ce que décide un arrêt de

(1) Loi du 27 ventôse an VIII, art. 12.

(2) Code d'intruction crim., art. 479.

la cour de cassation du 20 mai 1826, par le motif : « que les juges suppléants ont le caractère et la qualité de juges et de membres des tribunaux, dans les jugements auxquels ils participent en remplacement des juges absents ou empêchés ; que, si l'exercice de leurs fonctions n'est qu'éventuel et temporaire, ils n'ont pas moins, comme les autres juges, la nomination à vie, le privilége de l'inamovibilité et le caractère permanent de magistrats ; que dès lors ils doivent être réputés compris dans ces expressions, *membre d'un tribunal de première instance*, employées par l'art. 479 du code d'instruction criminelle (1). » Cette décision n'a pas trouvé de contradicteurs. Art.

Mais en même temps la cour de cassation jugeait, par d'innombrables arrêts, « que l'incompatibilité prononcée par l'art. 384 du code d'instruction criminelle entre les fonctions de juré et celles de *juge* ne peut pas être étendue aux simples juges suppléants, qui, n'exerçant les fonctions de juge que momentanément et dans des cas purement accidentels, peuvent, comme tous les autres citoyens, légalement remplir les fonctions de juré (2). »

(1) Dalloz, 26, 1, 367.

(2) Arrêt du 10 mars 1815; Dalloz, v° cour d'assises,

Art. Il est assez difficile de comprendre au premier aperçu pourquoi le caractère du magistrat domine dans un cas, et semble s'effacer dans l'autre; car je n'attache pas une grande importance à la différence d'expression entre l'art. 479 du code d'instruction criminelle, qui parle des *membres d'un tribunal*, et l'art. 384 du même code, qui se sert du terme de *juge*. L'art. 479 s'applique même aux suppléants des juges de paix, et cependant il ne désigne expressément que le juge de paix titulaire (1). L'art. 368 du code de procédure emploie indifféremment l'expression de juge ou de membre du tribunal. D'ailleurs l'argument serait facilement rétorqué, car on pourrait dire que, lorsque la loi a entendu employer la dénomination de *juge* dans un sens restrictif, elle a pris soin de ne laisser aucun doute à cet égard; c'est ainsi que l'art. 86 de notre code s'applique exclusivement aux juges *en activité de service*.

Cependant on peut ramener à une théorie ces textes et ces solutions en apparence contradictoires : — Lorsqu'il s'agit des privi-

p. 297. — V. les autres arrêts rapportés au Dictionnaire d'Armand Dalloz, vº cour d'assises, nº 98 et suiv.

(1) V. les arrêts cités au Dictionnaire d'Armand Dalloz, vº fonctionnaires publics, nºs 396 et 397.

léges attachés à la qualité de magistrat, c'est ART.
la permanence du caractère qui doit être décisive, indépendamment de l'exercice habituel ou temporaire des fonctions qu'il remplit. Pour les invoquer, le titre de suppléant, cet avant-goût des honneurs et des prérogatives judiciaires, est donc un titre suffisant. — Mais, les incompatibilités ou les prohibitions ayant pour cause unique les inconvénients pratiques qui pourraient naître du concours de fonctions *habituellement* exercées, ou la crainte d'une influence que l'exercice *habituel* du ministère de juge pourrait faire supposer, on ne devra pas avoir égard, en appliquant ces prohibitions, à un exercice éventuel et temporaire, quelle que soit d'ailleurs l'inamovibilité du titre et de la qualité (1).

Je déciderai donc, en suivant cette règle, que

(1) Par application de cette règle, on devrait donc décider que la parenté ou l'alliance avec un magistrat honoraire ne devrait pas être prise en considération pour la demande en renvoi. (V. ord. de 1737, tit. 1, art. 15.) La cour d'assises de la Seine a jugé cependant, le 17 mars 1834, que la qualité de conseiller honoraire, à la différence de celle de juge suppléant, était incompatible avec les fonctions de juré. Cet arrêt a été rendu sur les conclusions contraires de M. l'avocat général Berville ; Dalloz, 34, 2, 122.

ART. la demande en renvoi ne devra pas être accueillie sauf le droit de récusation, lorsqu'au nombre des juges parents ou alliés déterminé par la loi, figure un juge suppléant. La cour de cassation l'a ainsi jugé par arrêt du 28 août 1822 (1).

Voici une autre difficulté.

La disposition de l'article 368 doit-elle s'appliquer, lorsque parmi les parents ou alliés se trouve un officier du ministère public?

Cette question était autrefois tranchée par le texte des ordonnances : « N'entendons comprendre dans les articles précédents, sous le nom d'officiers du corps de nos cours ou autres compagnies, que ceux qui y auront séance et voix délibérative, *ensemble nos avocats et procureurs généraux* (2). » Le texte du code est loin d'être aussi formel. La section du tribunat fit observer que l'article employait d'abord cette expression : *les juges d'un tribunal*, puis celle-ci : parents ou alliés *dans un tribunal d'appel*, puis enfin cette autre : *membre du tribunal;* et voici quelles conséquences elle en tirait : « Cette variété de locutions ferait

(1) Dalloz, v° renvoi, p. 585.

(2) Ord. de 1737, tit. 1, art. 11.

croire que le ministère public serait compris dans la disposition, les magistrats qui composent le parquet étant aussi membres du tribunal. Cependant la section ne pense pas que les auteurs du projet aient entendu que le ministère public fût compris dans la disposition. Elle croit, au contraire, *qu'ils ont voulu laisser subsister les règles observées de tout temps à cet égard. La section désire que les principes anciens soient maintenus* (1). » ART.

Il y avait dans ces observations une erreur matérielle relativement aux anciens principes, à moins que le tribunat n'ait voulu faire allusion à l'hypothèse où le ministère public agit comme partie principale, et à l'art. 23 de l'ordonnance, portant : « Aucune évocation ne pourra être demandée du chef des parents et alliés de nos procureurs généraux lorsqu'ils ne seront *parties* que comme exerçant le ministère public. » Quoi qu'il en soit, la critique ne fut pas accueillie, et la rédaction primitive fut conservée. La liberté d'examen reste donc entière; et comme les mêmes motifs existent dans les deux hypothèses, j'appliquerais aussi à l'une et à l'autre les règles relatives au renvoi. J'ai déjà fait observer que le législateur

(1) Locré, Esprit du Code de procédure, p. 37.

Art. employait indifféremment dans l'article 368 ces deux locutions : *juges du tribunal*, *membre du tribunal*. Si l'on voulait entendre dans un sens restrictif la dénomination de *juges*, il faudrait alors, avec M. Thomine-Desmazures (1), dire que l'officier du ministère public ne devra pas être compté au nombre des deux juges ou des trois membres de la cour, parents ou alliés de la partie, tandis que sa qualité d'officier du ministère public, s'il avait un procès personnel devant le tribunal ou la cour *dont il est membre*, devrait être prise en considération pour motiver la demande en renvoi. Mais cette distinction n'a de base ni dans les textes de l'ordonnance, ni dans la discussion de la loi nouvelle. Pour justifier la différence entre les juges et les officiers du ministère public, on a fait aussi remarquer que le code a pris soin de déclarer communes à ces derniers les causes de récusation, et l'on a opposé le texte de l'article 381 au silence de l'article 368; mais cet argument perd toute sa valeur, si l'article 368 se prête, comme le pensait le tribunat, à une assimilation entre le ministère public et les juges, relativement aux causes de renvoi.

(1) Commentaires, t. 1, p. 581.

La parenté ou l'alliance entre un officier du ministère public et l'une des parties, entrera en ligne de compte pour motiver la demande en renvoi, que l'affaire soit ou non sujette à communication, puisque cette demande basée sur une influence de position est indépendante de la participation des parents ou alliés à la décision du procès. ART.

Mais, lorsque l'officier du ministère public est partie au procès, on ne peut demander le renvoi à raison de ses parentés ou alliances que lorsqu'il agit dans son intérêt privé et personnel. S'il était partie principale *comme exerçant son ministère*, le renvoi ne pourrait être demandé que du chef des parties qu'il représente, seules véritablement intéressées, et non du chef de ses propres parents ou alliés. C'était, comme on l'a déjà vu, la disposition de l'ordonnance; c'est par un motif analogue que le renvoi ne pourrait être accordé à raison des parentés ou alliances des tuteurs, administrateurs ou syndics qui, agissant uniquement en cette qualité, n'auraient au procès aucun intérêt personnel (1).

(1) Ordonn. de 1737, tit. 1, art. 20. — Ces solutions recevront de nouveaux développements au chapitre de la récusation.

Art. Le greffier en chef est membre du tribunal ou de la cour près desquels il exerce ses fonctions (1); néanmoins je ne crois pas qu'on doive le comprendre dans la disposition de l'article 368. Sous l'ancienne jurisprudence, on n'admettait l'évocation que du chef des parents ou alliés ayant séance et voix délibérative en la cour, et du chef des officiers du parquet. On ne doit jamais, dans l'interprétation, isoler la loi de ses précédents.

Le code a déterminé les degrés de parenté ou d'alliance; il a laissé indécises les questions qui peuvent s'élever sur la nature du lien.

Il faut admettre comme cause de renvoi non-seulement la parenté naturelle et civile, mais encore la parenté seulement civile, ou seulement naturelle. Cependant les principes qui les régissent ne permettent pas d'étendre jusqu'au degré fixé par l'article 368 les causes de renvoi qu'elles créent.

La famille ne se constitue que par le mariage. Le lien de l'adoption n'est que la sanc-

(1) C'est en lui reconnaissant cette qualité qu'il faut décider que la disposition de l'art. 479 du code d'instr. crim. lui serait applicable. V. Legraverend et Carnot sur cet article.

tion légale d'un rapport essentiellement personnel d'affection ou de reconnaissance. Cette parenté fictive qui lie l'adoptant à l'adopté commence et finit en eux, comme pour manifester le caractère exclusif et périssable des plus saintes affections, si le sang ne les a fécondées. L'adoption ne crée donc de lien de parenté pouvant compter pour la demande en renvoi qu'entre la personne de l'adoptant et celle de l'adopté (1). ART.

L'enfant naturel n'a pas de famille. Reconnu, sa filiation se trouve établie ; mais si la loi consacre alors le nom de père, et permet à la voix du sang de proclamer ce titre, elle restreint en même temps les rapports de parenté. Pour les parents en ligne ascendante ou collatérale du père ou de la mère naturels, l'enfant est un étranger ; et pour infliger à ses auteurs la peine de leur infraction aux lois de la morale, sauvegarde des familles, les législateurs condamnent à l'isolement cet objet de leur affection, et vengent par cette exclusion la famille outragée : *Quia vitium paternum refrenandum esse existimaverunt* (2). Et même les descendants légitimes d'un enfant naturel ne sont unis par aucun lien de parenté au père

(1) V, Zacharæ, t. 4, p. 19, notes 5 et 6.

(2) L. ult. Cod. *de naturalibus liberis.*

Art. ou à la mère qui l'ont reconnu. Ils succèdent à ces derniers, non pas *jure proprio*, mais seulement par représentation (1). Il n'existe non plus aucun lien de parenté entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, ni entre les enfants naturels d'un même père. Entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, nul droit respectif de *succession*, mais un simple droit de *retour*. Les enfants naturels succèdent entre eux moins en vertu du lien de parenté, qu'à raison du lien d'une commune infortune (2).

Quant à l'alliance considérée comme cause de renvoi, ses effets sont bien moins étendus qu'en matière de récusation; on ne peut invoquer comme motif de renvoi que l'alliance qui unit personnellement le juge à l'une ou à l'autre des parties (3).

Avant d'examiner la procédure spéciale au renvoi, il faut encore se demander quelles personnes peuvent se prévaloir des causes qui le justifient.

Ici la loi établit un principe exceptionnel : ce n'est pas, comme en matière d'enquête ou

(1) Code civil, art. 759, 760 et 848 combinés.

(2) Code civil, art. 766. V. au surplus t. 4, p. 557.

(3) V. le chapitre qui suit.

de récusation, un droit pour l'une et l'autre des parties d'élever un soupçon non-seulement contre les parents ou alliés de l'adversaire, mais contre ses propres parents ou alliés (1); lorsqu'une partie aura des parents ou alliés au nombre déterminé par la loi, l'*autre partie*, dit l'article 368, pourra demander le renvoi. Cette différence vient de ce que l'évocation est d'une plus grande conséquence et d'un plus notable préjudice aux parties que la récusation (2). En effet le renvoi distrait les parties de leur juridiction naturelle, tandis que la récusation proposée contre les juges ne touche point à la juridiction : le renvoi frappe de suspicion, et atteint un tribunal entier; la récusation n'exclut que les juges suspects aux parties. Je signalerai une autre raison de différence en m'expliquant sur la récusation (3). Art.

L'ordonnance allait plus loin encore; elle décidait que les parentés ou alliances *communes aux parties* ne pourraient donner lieu à l'évocation lorsqu'elles seraient en égal degré (4). Le code n'a pas reproduit cette dis-

(1) V. t. 4, p. 356, et le chapitre suivant.

(2) V. la déclaration du 14 août 1701, et l'ordonnance de 1737, tit. 1, art. 16.

(3) V. le chapitre suivant.

(4) V. ordonn. de 1737, tit. 1, art. 17.

Art. tinction que son texte semble devoir exclure, puisque le renvoi est alors motivé sur la parenté ou l'alliance de l'autre partie. Peu importe donc aujourd'hui que les parties aient parmi les membres du tribunal des parents ou alliés en degré égal ou inégal : les deux parties auront toujours des droits égaux, et même la partie parente ou alliée à un degré plus proche pourrait demander le renvoi motivé sur la parenté ou alliance existant, quoiqu'à un degré plus éloigné, entre l'autre partie et le juge.

Il n'y a pas, du reste, à distinguer entre le demandeur et le défendeur. On ne saurait opposer au premier, comme renonciation au droit de réclamer le renvoi, le fait d'avoir saisi par son ajournement les juges qu'il refuserait plus tard. En introduisant l'instance, il a dû obéir aux lois de la compétence, sauf la faculté qui reste entière de se prévaloir des causes de renvoi.

Mais ce droit de se prévaloir de la parenté ou de l'alliance qui unissent l'autre partie aux membres du tribunal, appartient-il aux intéressés qui n'ont dans l'instance qu'un rôle accessoire ou secondaire? Cette question se présente pour l'intervenant volontaire ou forcé.

L'ordonnance renfermait des dispositions

particulières à cet égard (1). Le code ne les a pas reproduites, et nous laisse sous l'empire des principes généraux. Je crois qu'il faut distinguer. Art.

L'intervenant qui se présente volontairement dans l'instance accepte par cela même la juridiction du tribunal saisi de la demande principale. L'intervention ne peut jamais modifier la compétence contre le gré des parties en cause. Entée sur l'instance originaire, elle y puise un principe de vie, et ne peut lui apporter en échange une cause de désorganisation. Admettre une autre solution, ce serait retomber dans les abus et les inconvénients que notre loi nouvelle a entendu proscrire. Supposez, en effet, que la qualité de l'intervenant soit contestée ; que son intervention soit nulle en la forme ; qu'elle se produise à une époque où elle entraînerait des retards pour le jugement de l'instance principale ; il faudra donc, pour juger ces questions préliminaires, renvoyer devant un autre tribunal ? Et, si l'intervention est rejetée, les parties originairement en cause, seules intéressées au procès, auront été, contre leur volonté, soumises, pour le jugement de leurs

(1) Ordonn. de 1737, tit. 1, art. 29 et suiv.

Art. prétentions respectives, à d'autres juges que ceux indiqués par la loi et par elles acceptés; à moins cependant qu'elles ne reviennent à grande perte de temps et de frais, pour faire statuer sur la cause principale, devant les juges primitivement saisis.

Ce grave inconvénient a frappé quelques auteurs qui, en permettant à l'intervenant de former la demande en renvoi, veulent que ce droit ne puisse être exercé par lui que lorsque son intervention n'est pas contestée, ou lorsqu'elle a été reçue après contestation (1). Mais une semblable concession est destructive du principe; car, si l'intervenant a le droit de repousser comme suspecte la juridiction du tribunal saisi de la demande originaire, comment pourrait-on le soumettre à plaider devant lui par préalable sur le mérite de l'intervention, puisque la décision à rendre est de nature à compromettre ses intérêts? — M. Chauveau s'est montré beaucoup plus conséquent en rejetant cette distinction, et en n'exigeant pas que l'intervention soit liée à la cause principale, ni l'intervenant reçu partie dans la cause, pour exercer le droit de demander le renvoi (2);

(1) Carré, Lois de la procédure, question 1345.

(2) Lois de la procédure, question 1345.

mais alors sa doctrine soulève les embarras et les inconvénients que je viens de signaler. Art.

En me résumant, pour ce qui touche l'intervention volontaire, soit qu'elle soulève un intérêt distinct, soit qu'elle ait un but exclusivement conservatoire, je la considère, relativement à la juridiction, comme subordonnée à l'instance principale. L'intervenant a dû peser les avantages résultant de sa présence au procès, et l'inconvénient de plaider devant les juges saisis de la demande originaire. — Ces principes ne devraient fléchir que dans une seule hypothèse, celle où les causes de renvoi seraient survenues depuis l'intervention formée. L'intervenant est partie au procès; et s'il est vrai qu'il doive subir les faits accomplis au moment où il se présente, ses droits sont entiers quant aux événements ultérieurs de nature à lui enlever des garanties.

Je me hâte d'ajouter que le droit de récusation appartient, dans tous les cas, à l'intervenant; j'ai déjà fait remarquer que la récusation n'entraîne qu'une exclusion partielle, sans modifier la juridiction du tribunal. Aussi l'intervenant pourra-t-il se prévaloir non-seulement des causes de récusation existantes du chef des parties principales, mais encore de

ART. celles qui naîtraient de sa présence au procès : *Etenim si judex actori reoque nec gratiâ, nec beneficio, nec odio notus, ei tamen qui se alterutri litigantium adjungit, infestus ac inimicus sit, quis non durum arbitretur huic necessitatem imponi, ut inimici arbitrio permittat causæ suæ decisionem* (1)?

Mais s'agit-il de l'intervention forcée, je n'hésite pas à modifier ma solution en ce qui concerne le renvoi. L'intervention forcée peut se présenter sous la forme d'une *demande en déclaration de jugement commun*, d'une *mise en cause* ou d'une *demande en garantie* (2). Dans toutes ces hypothèses, l'intervenant est un défendeur ordinaire appelé devant le tribunal saisi de la demande originaire. Sa présence au procès n'est pas le résultat d'un acte spontané de sa part; et s'il est forcé de se défendre devant d'autres juges que ses juges naturels, c'est dans l'intérêt des parties originaires que cette dérogation aux règles ordinaires de la compétence a été principalement admise. Il doit donc participer à toutes les prérogatives des parties en cause, et par conséquent il peut

(1) Voet sur le titre *de judiciis*, ff. n° 58.

(2) V. *suprà* p. 156.

demander le renvoi à raison des parentés ou alliances de ses adversaires. ART.

Nulle restriction ne doit limiter l'exercice de ce droit, lorsque la mise en cause a pour objet de faire déclarer commun avec la partie appelée le jugement à intervenir, et lorsque son intérêt se trouve en contact ou en opposition avec l'intérêt *de l'une et de l'autre* des parties principales. Mais, en matière de garantie, on ne doit pas perdre de vue le principe écrit dans l'art. 184, d'après lequel le demandeur originaire peut s'affranchir des délais et des embarras qu'imposerait l'instruction et le jugement de l'action en garantie. De sorte que, si l'intérêt que soulève cette action est limité dans les rapports d'obligation du garant vis-à-vis du garanti, le demandeur originaire ne devrait pas souffrir de la demande en renvoi présentée par le garant; et les juges, en ordonnant le renvoi sollicité par celui-ci, devraient retenir la connaissance du procès entre les parties principales. Tandis que cette disjonction ne pourrait avoir lieu, et le renvoi devrait être ordonné pour le tout en matière de garantie formelle, surtout si le garant avait pris le fait et cause du garanti.

Enfin, lorsque les causes de renvoi existeront

Art. du chef de l'intervenant à raison des parentés ou alliances qui lui sont personnelles, j'accorderais à l'une et à l'autre des parties principales la faculté de demander le renvoi, sans distinguer entre l'intervention volontaire et l'intervention forcée; sauf la disjonction que pourrait obtenir le demandeur originaire dans l'hypothèse que j'indiquais tout à l'heure, si le renvoi était sollicité du chef du garant par le demandeur en garantie.

J'arrive aux dispositions qui règlent les délais et la forme.

369. « Le renvoi sera demandé avant le commencement de la plaidoirie, et, si l'affaire est en rapport, avant que l'instruction soit achevée ou que les délais soient expirés ; sinon il ne sera plus reçu. »

On sait que la loi répute la plaidoirie commencée, lorsque les conclusions ont été *contradictoirement* prises à l'audience; d'où il suit que la partie défaillante conserve encore le droit de demander le renvoi, lorsqu'elle forme opposition au jugement qui la condamne. Le même droit appartient à la partie qui a obtenu le défaut; l'opposition remet les choses dans l'état où elles étaient, et le bénéfice de cette

fiction est commun aux deux parties. D'ailleurs l'attitude nouvelle de l'opposant peut faire redouter des influences dont son absence amoindrissait les dangers (1). ART.

Les conclusions contradictoirement prises à l'audience n'emporteraient pas renonciation au renvoi, si elles tendaient uniquement à faire triompher une exception, par exemple à obtenir la caution *judicatum solvi*, à proposer une incompétence, une nullité d'ajournement, ou une exception dilatoire. Alors il n'y a pas acceptation des juges saisis du procès, puisque ces conclusions, loin d'en favoriser la marche, ne tendent qu'à l'entraver (2).

Il en serait autrement si les conclusions se rattachaient directement à la contestation, lors même qu'elles ne provoqueraient qu'un interlocutoire; prises à l'audience, elles établissent entre les parties le contrat judiciaire, et emportent acceptation des juges devant les-

(1) M. Pigeau (Commentaire, t. 1, p. 643) pense au contraire que le renvoi ne peut être demandé par la partie qui a obtenu le défaut. M. Chauveau (Lois de la procédure, quest. 1348) suit cette opinion, *qui lui paraît ne faire aucun doute.*

(2) Arrêt de Douai du 8 janvier 1842; Dalloz, 43, 2, 215.

ART. quels il est formé (1). — Je croirais même que la simple récusation dirigée contre les juges parents ou alliés emporterait renonciation à demander le renvoi : le fait d'une récusation partielle est incompatible avec l'arrière-pensée de décliner la juridiction du tribunal.

On conçoit d'ailleurs que toute fin de non-recevoir contre la demande en renvoi disparaîtrait, si cette demande était fondée sur une cause survenue *depuis* les actes qui emportent en général une présomption de renonciation au droit de se prévaloir des motifs de renvoi (2).

370. La demande en renvoi doit être proposée par acte fait au greffe du tribunal saisi de la

(1) C'est aussi l'opinion de M. Rodière, t. 2, p. 90. Néanmoins MM. Chauveau, Lois de la procédure, quest. 1393 *bis*, et Thomine-Desmazures, t. 1, p. 595, sont d'un avis contraire, du moins en ce qui concerne le droit de proposer la récusation. Or, il y a identité de texte et de motifs dans les deux cas.

(2) J'examinerai, en m'occupant de la récusation, si l'on doit assimiler à la cause *survenue* depuis les délais fixés par la loi, la cause de renvoi qui n'aurait été *connue* que depuis cette époque. Cette question ne présente pas ici le même intérêt, car, le renvoi étant basé sur la parenté ou l'alliance, il serait à peu près impossible de justifier l'ignorance qui relèverait de la tardiveté de la demande.

contestation; il contient les moyens de renvoi, et doit être signé de la partie ou de son fondé de procuration spéciale et authentique. C'est là un de ces actes qui, à raison de la grave responsabilité qu'ils entraînent, excèdent les pouvoirs généraux d'un mandataire *ad lites* (1). Art.

Cet acte n'est pas signifié aux parties adverses ; sur la présentation de l'expédition délivrée par le greffier, et sur le vu des pièces justificatives, il est rendu jugement sans qu'il soit nécessaire d'appeler les parties à l'audience. Ce jugement se borne à ordonner : 1° *la communication aux juges* à raison desquels le renvoi est demandé, pour faire dans un délai fixe leur déclaration au bas de l'expédition du jugement; 2° la communication au ministère public; 3° le rapport à jour indiqué par l'un des juges, nommé par ledit jugement. 371.

Les juges dont la parenté ou l'alliance donnent lieu à la demande en renvoi ne peuvent concourir au jugement de *soit communiqué;* ne serait-il pas inutile de leur donner connaissance d'une décision à laquelle ils auraient pris part? La communication aux juges

(1) V. *suprà* p. 248.

Art. a lieu par la voie du greffe, c'est-à-dire au moyen du dépôt des pièces entre les mains du greffier, et sans qu'il soit besoin de les signifier.

372. L'expédition de l'acte à fin de renvoi, les pièces y annexées et le jugement doivent alors être signifiés aux parties intéressées; cette signification a lieu par acte d'avoué à avoué, ou par exploit à domicile aux parties non représentées.

373. Les causes de lademande en renvoi sont-elles avouées par les parties, et reconnues par les juges qu'elles concernent? sur le rapport fait au jour qu'indique le premier jugement, et
83. sur les conclusions du ministère public, le tribunal prononce le renvoi. — La demande est-elle formée devant un tribunal de première instance, le renvoi est fait à l'un des autres tribunaux ressortissant en la même cour royale; est-elle formée devant une cour royale, le renvoi sera fait à l'une des trois cours les plus voisines.

Si les causes du renvoi sont contestées, les parties sont admises à justifier respectivement leurs moyens par requêtes (1). On s'est demandé si la preuve testimoniale pourrait être reçue

(1) V. art. 75 du tarif.

comme moyen de justification. Je pense que ce Art.
n'est que dans des cas exceptionnels, et en justifiant de l'impossibilité de se procurer les actes de l'état civil, que ce mode de preuve devrait être permis.

Celui qui succombe sur sa demande en ren- 374.
voi est condamné à une amende qui ne peut être moindre de cinquante francs (1), sans préjudice des dommages-intérêts de la partie, s'il y a lieu.

Quelle que soit la décision rendue sur la 375.
demande en renvoi, l'appel est toujours permis à l'une et à l'autre des parties, lorsque le jugement émane d'un tribunal de première instance. Il importe peu que l'intérêt du litige soit de nature à être jugé en dernier ressort, ou même que le tribunal soit saisi du fond sur l'appel d'un jugement du tribunal de paix. La demande en renvoi se détache de l'instance originaire, et s'agrandit de toute l'importance que soulève une juridiction contestée et le ca-

(1) Elle ne pourrait pas non plus être supérieure, puisque la loi ne fixe pas de *maximum;* l'art. 374, en reproduisant le style des anciennes ordonnances, n'a pas entendu investir les juges du droit de prononcer des *amendes arbitraires.* V. ord. de 1737, t. 1, art. 79.

ART. ractère du magistrat, compromis par un soupçon. Toutefois le droit d'appel n'appartient pas aux juges dont la parenté ou l'alliance auraient motivé la demande; ils ont le caractère de témoins plutôt que de parties intéressées.

Si la demande en renvoi était présentée devant une cour, le pourvoi en cassation serait la seule voie ouverte aux parties.

376. Dans tous les cas, l'appel du jugement de renvoi sera suspensif; mais il n'en serait pas de même du pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt de la cour royale. A la vérité, lorsque, sous l'empire de l'ordonnance, l'évocation était demandée au conseil privé, on devait surseoir à l'instruction et au jugement du procès (1); mais, lorsque la cour de cassation est saisie par un pourvoi, elle n'exerce pas les attributions qu'exerçait alors le conseil privé; elle ne statue pas sur le mérite de la demande en renvoi; elle recherche uniquement si l'arrêt qui la repousse ou l'admet a violé le texte de la loi. Il faut donc, en appliquant la règle générale, décider que le pourvoi en cassation ne sera pas suspensif.

Pour les délais et la procédure que com-

(1) Ordonn. de 1737, tit. 1, art. 27, 28 et 72.

porte l'appel, la loi se réfère aux dispositions Art.
des articles 392, 393, 394 et 395 sur la récu- 377.
sation, et les déclare applicables à la demande en renvoi. Je les expliquerai en leur lieu. Il suffit de dire que l'appel doit être interjeté
*dans les cinq jours de la prononciation du juge-* 392.
*ment.*

Je n'ai indiqué comme voie de recours contre le jugement qui statue sur le renvoi que l'appel et le pourvoi en cassation. La voie de l'opposition appartiendrait-elle à la partie défaillante pour faire rétracter le jugement qui aurait prononcé le renvoi? L'opposition est une voie ordinaire de recours qui n'a pas besoin d'être écrite dans un texte spécial; le silence du code ne me paraîtrait donc pas un motif suffisant pour l'enlever au défaillant. Les textes de l'ordonnance qui refusaient la voie de l'opposition (1) ne me paraîtraient pas non plus décisifs, car la procédure suivie devant le conseil privé n'avait aucune analogie avec les règles nouvelles applicables aux renvois; mais ce qui est déterminant à mes yeux, c'est l'intention évidente du législateur d'imprimer à l'instruction la plus grande rapidité. Si la voie de l'op-

(1) Ordonnance de 1737, tit. 4, art. 37 et 38.

Art. position eût été permise, les délais en eussent été déterminés; car n'y aurait-il pas contradiction à se référer pour l'opposition aux délais ordinaires, tandis que la loi n'accorde qu'un délai de cinq jours à partir de la prononciation du jugement, lorsqu'il s'agit de la voie bien plus importante de l'appel? C'est un motif de cette nature qui, même avant la loi du 2 juin 1841, faisait refuser la voie de l'opposition contre les jugements par défaut rendus sur les incidents de saisie immobilière (1). D'ailleurs le jugement en matière de renvoi ne peut jamais être considéré comme prononcé par défaut : « La *contradiction* des juges à raison desquels le renvoi est demandé, disait le tribun Perrin, suffit pour en vérifier la cause (2). »

Quant aux formes de l'appel, elles sont des
392. plus sommaires. L'appel est fait au greffe, et n'est pas signifié à la partie; il n'est pas même
394. nécessaire d'appeler la partie à l'audience, et par conséquent il est inutile qu'elle se fasse représenter par un avoué.

(1) V. les arrêts rapportés au Dictionnaire d'Armand Dalloz, v° saisie immobilière, n°s 1283 et suiv.

(2) Rapport fait au nom de la section de législation, séance du 14 avril 1806.

L'arrêt est prononcé. Dans les vingt-quatre Art.
heures de l'*expédition* de l'arrêt (1), les pièces 595.
ont été renvoyées au greffier du tribunal de première instance ; il ne reste plus qu'à engager le procès au fond devant le tribunal indiqué, si les juges ont ordonné le renvoi.

La contestation doit être portée devant les 375.
nouveaux juges, sur simple assignation, et la procédure est continuée suivant ses derniers errements.

Cette assignation est signifiée à domicile ; car le jugement de renvoi, en dessaisissant le tribunal, a mis fin aux pouvoirs des avoués qui devant lui représentaient les parties. Sur cette assignation, les parties constituent leurs avoués devant le nouveau tribunal, et la procédure reprend son cours à partir des derniers actes faits devant les juges originairement saisis. Les droits acquis restent donc entiers, et l'instance, avec les éléments qui la constituent, va se continuer et finir sur un autre théâtre.

Ici le législateur s'arrête ; il a fixé lui-même sa limite en annonçant que les règles tracées s'appliquent au renvoi *pour parenté et alliance*.

(1) C'est-à-dire dans les vingt-quatre heures de la *rédaction* sur la feuille d'audience.

Art. Mais le champ de la doctrine est plus vaste; l'espace que le législateur parcourt n'est qu'un centre où elle se place pour agrandir son horizon.

La loi n'a pas tout prévu, il est facile de démontrer que d'autres circonstances de fait peuvent rendre nécessaire un renvoi (1); en supposant même qu'il n'existât pas d'autres causes de renvoi que la parenté et l'alliance, les règles indiquées ne seraient-elles pas inapplicables, si les juges parents ou alliés se trouvaient en tel nombre, que le tribunal ne pût se compléter pour statuer sur la demande en renvoi?

J'ai donc à démontrer que la loi n'a pu vouloir limiter au seul cas de parenté et d'alliance les causes de renvoi à un autre tribunal, et que la procédure spéciale par elle indiquée doit subir dans certains cas des modifications.

Il peut arriver qu'un tribunal soit dans l'impossibilité de se constituer régulièrement, à raison de l'abstention ou de la récusation de ceux qui le composent. Soit que ces causes

(1) Il ne faut donc pas attacher d'importance à ces expressions de l'orateur du tribunat : « Le renvoi est *uniquement* fondé sur la parenté ou l'alliance, etc. » Rapport de M. Perrin, séance du 14 avril 1806.

proviennent de la parenté ou de l'alliance, soit qu'elles naissent des autres circonstances prévues par l'article 378 (1), il y a *nécessité* de prononcer le renvoi. Art.

Il peut même arriver que des raisons particulières placent le tribunal entier en état de *suspicion légitime*. Cette cause de renvoi, qui n'est pas écrite dans notre code de procédure, est reconnue par les lois antérieures (2), sans distinction entre les matières civiles ou criminelles. Elle devra s'appliquer même aux tribunaux de paix, lorsqu'elle enveloppera dans une défiance commune le juge et ses suppléants(3).

(1) La parenté ou l'alliance diffère toutefois des autres causes de récusation, en ce qu'elle est un motif de renvoi, alors même que le tribunal pourrait se compléter sans le concours des parents ou alliés, tandis que les autres causes ne donnent lieu au renvoi que lorsqu'elles mettent le tribunal dans l'impossibilité de se constituer, et par conséquent de statuer même sur les récusations proposées

(2) V. ord. de 1737, t. 1, art. 90, et les lois citées, *sup.* p. 406, à la note. V. aussi l'art. 542 du code d'instr. crim.

(3) Il existe une loi spéciale qui embrasse dans ses prévisions tous les cas d'empêchements du juge de paix et de ses suppléants : le tribunal dans l'arrondissement duquel est située la justice de paix doit alors renvoyer les parties devant le juge de paix du canton le plus voisin. Loi du 16 ventôse an XII.

ART. Les textes qui l'admettent sont encore en vigueur. L'article 1041 de notre code, en abrogeant les lois, coutumes et règlements relatifs à la procédure, laisse subsister les anciennes règles relatives à l'organisation et à la compétence des tribunaux, sur lesquelles il ne contient pas de dispositions.

La suspicion légitime n'est pas définie par la loi. Les éléments qui la constituent sont abandonnés à l'appréciation du juge. On s'explique pourquoi la loi, qui a spécifié les causes de récusation contre les juges considérés individuellement, n'a pas précisé les causes de suspicion qui frappent un tribunal entier. C'est que les injustes tendances d'un juge, lorsqu'elles n'ont pas pris encore la consistance d'une cause expresse de récusation, sont neutralisées par l'impartialité des autres juges. Les mauvaises passions ont leur pudeur; il est rare qu'elles essayent de se montrer lorsqu'elles n'espèrent pas un appui; tandis que des préventions communes à tous les membres d'un tribunal se prêtent une force mutuelle, et que la conscience de chacun se rassure par la solidarité que les autres acceptent dans l'iniquité (1).

(1) V. les arrêts rapportés dans le Dictionnaire d'Ar-

La *sûreté publique* peut exiger aussi le renvoi d'une cause à un autre tribunal que celui qui devrait en connaître ; mais l'intérêt qui commande le renvoi est étranger à l'intérêt privé des plaideurs. Aussi est-ce exclusivement au ministère public qu'il appartient de le réclamer pour ce motif (1). ART.

Enfin la nécessité de recourir au renvoi se présente lorsqu'auprès du tribunal, même en le supposant complet, ne se trouve pas un assez grand nombre d'avoués pour représenter toutes les parties ayant des intérêts distincts et opposés (2).

Le silence de la loi ne peut entraîner comme conséquence l'immobilité forcée du plaideur. Le droit a par lui-même une force propre que les lois de procédure dirigent, mais qu'elles sont impuissantes à comprimer. Enfermé dans une impasse, le plaideur retournera sur ses pas, et, à défaut d'une marche spéciale que la loi

mand Dalloz, v° renvoi, nos 56 et suiv., et notamment un arrêt de Douai du 8 janvier 1842 ; Dalloz, 42, 2, 213.

(1) Loi du 27 ventôse an VIII, art. 79; voy. aussi article 542 du code d'instr. crim.

(2) V. arrêt d'Angers du 8 décembre 1830, Dalloz, 31, 2, 95.

Art. aurait omis de tracer, il a, pour se frayer une issue, le champ toujours ouvert des inductions et des analogies.

La difficulté ne pouvait se présenter à l'époque où la cour de cassation était appelée à statuer sur les demandes en renvoi d'un tribunal à un autre. Mais le code de procédure, en conférant cette attribution aux tribunaux ordinaires, lorsque le renvoi est demandé pour parenté ou alliance, a-t-il laissé subsister, pour les hypothèses non prévues, la juridiction autrefois exclusive qu'exerçait la cour de cassation en matière de renvois?

Pour résoudre cette difficulté, il faut remarquer que le législateur n'a pas voulu créer, comme en matière de conflits, une juridiction spéciale chargée d'apprécier les causes de renvoi et d'indiquer un autre tribunal. D'après le système du code, c'est le tribunal saisi de la contestation qui doit abdiquer sa compétence en indiquant d'autres juges, ses égaux en hiérarchie, comme il déclarerait son incompétence en renvoyant devant qui de droit, s'il avait à statuer sur un déclinatoire. Le droit d'examiner la demande en renvoi est comme un accessoire de la juridiction du tribunal appelé par la loi à statuer sur le fond.

C'est à ce point de vue qu'il convient de se placer, en recherchant devant quel tribunal doit être portée la demande en renvoi, toutes les fois que les causes qui y donnent lieu font obstacle à ce que le tribunal saisi puisse lui-même l'apprécier. Art

C'est alors le premier degré de juridiction que la demande en renvoi n'a pu subir; si les parties eussent obtenu une décision devant les premiers juges, cette demande eût pu être portée en appel devant les juges du second degré. La compétence de ceux-ci pour prononcer sur la demande en renvoi devra-t-elle s'effacer, par la raison que les premiers juges n'ont pas statué et qu'ils ont été dans l'impossibilité de le faire? Sans doute le premier degré pour la demande en renvoi n'a pas été subi, mais il n'a pas dépendu des parties qu'il ne le fût. La juridiction des juges inférieurs s'est trouvée paralysée avant d'avoir pu s'exercer, de même qu'elle eût été épuisée par leur sentence. A qui s'adresser pour obtenir des juges, si ce n'est à la cour royale, qui les eût indiqués si les juges inférieurs en statuant sur la demande eussent injustement refusé de se dessaisir?

Quelque doute peut s'élever cependant en ce

ART. qui concerne la demande en renvoi pour cause de *suspicion légitime*. On peut dire que les lois antérieures avaient spécialement prévu cette hypothèse, et que la juridiction de la cour de cassation n'a subi pour ce cas aucune atteinte par les dispositions des lois nouvelles.

Mais il faut remarquer que ces mots renvoi pour *suspicion légitime* n'avaient pas dans la législation intermédiaire le sens restreint que nous leur donnerions aujourd'hui. Cette expression comprenait dans sa généralité, même le renvoi pour parenté et alliance qui repose sur une sorte de suspicion. On ne doit donc pas attacher une importance décisive à cette attribution de compétence, puisqu'elle n'avait rien de spécial. Dans ses observations sur le projet du code, la cour de cassation proposait d'ajouter un article ainsi conçu : « Lorsqu'il y a cause de suspicion légitime, une des parties pourra demander à la cour de cassation le renvoi à un autre tribunal (1). » Cette disposition additionnelle n'a pas trouvé place dans notre code. C'est donc le droit commun qui doit régir cette hypothèse ; et comme le premier

(1) Art. 78 des Observations; l'art. 79 proposait la même attribution à la cour de cassation si le renvoi était demandé pour cause de sûreté publique.

degré de juridiction ne peut pas s'exercer, Art.
parce que le renvoi est motivé sur des faits personnels aux juges, il faut recourir au tribunal immédiatement supérieur (1).

L'article 472 de notre code n'est-il pas d'ailleurs une des applications du droit pour les cours royales d'indiquer, *omisso medio*, d'autres juges appelés à remplacer les juges naturels que frappe une cause de suspicion? Un tribunal a statué sur une contestation, sa sentence est réformée. Il est possible que des difficultés s'élèvent sur l'exécution de l'arrêt infirmatif; mais ces difficultés ne pourraient sans danger être portées au tribunal dont la sentence a été mise à néant. Non-seulement la dignité des premiers juges se trouverait compromise, mais on pourrait craindre que leur amour-propre blessé ne les dirigeât dans une voie préjudiciable aux parties; ils sont donc frappés d'une sorte de suspicion qui, sauf des cas exceptionnels, peut rendre nécessaire un renvoi devant un autre tribunal : c'est la cour royale qui le prononce.

(1) V. Dictionnaire d'Armand Dalloz, $v_o$ renvoi, nº 63. — En matière criminelle, au contraire, le renvoi pour suspicion légitime est toujours porté devant la cour de cassation, art. 545 du code d'instruct. crim.

Art. On pourrait appuyer encore cette solution sur la disposition de l'article 509. C'est en effet la cour royale qui doit statuer sur la *prise à partie* contre les tribunaux de première instance. La prise à partie se fonde sur le dol, la fraude, la concussion qu'on prétendrait avoir été commis par les juges soit dans le cours de l'instance, soit lors des jugements. C'est une suspicion légitime avec un caractère plus tranché, des faits plus directement accusateurs. Comme la suspicion légitime, la prise à partie, lorsqu'elle est accueillie, met obstacle à la juridiction du tribunal qui a méconnu ses devoirs. Il serait difficile d'admettre que la cour ne pût prononcer le renvoi, basé sur une simple *suspicion*, lorsqu'il lui appartient d'apprécier une véritable *accusation*. La prise à partie n'est qu'une suspicion réalisée (1).

Ces principes doivent également s'appliquer lorsqu'il s'agit du renvoi pour cause de sûreté publique.

Remarquez cependant que si les causes de

(1) Un point important à signaler, c'est que les lois qui attribuaient à la cour de cassation la connaissance des renvois pour cause de suspicion légitime, lui donnaient en même temps le droit de statuer sur la prise à partie contre un tribunal entier.

suspicion légitime s'appliquaient à tous les tribunaux du ressort d'une même cour royale, ou si la sûreté publique exigeait que le renvoi eût lieu dans le ressort d'une autre cour, il faudrait former la demande en renvoi devant la cour de cassation, et non devant la cour royale qui n'aurait pas qualité pour indiquer un tribunal de première instance étranger à son ressort (1). ART.

Enfin si les mêmes obstacles à l'exercice de sa juridiction se présentaient devant une cour royale, il faudrait naturellement porter la demande en renvoi et en indication d'autres juges, devant la cour de cassation, pouvoir immédiatement supérieur à celui des cours.

Mais quelle procédure faudra-t-il suivre lorsque la demande en renvoi sera portée *de plano* devant le tribunal supérieur?

Régulièrement, il faudrait appliquer à cette hypothèse les dispositions des articles 370, 371

(1) Argument des articles 363 et 373. — V. en ce sens arrêt de la cour de cassation du 21 mars 1821, Dalloz, v° renvoi, p. 389. — Toutefois remarquez qu'une cour royale qui statue sur la demande en renvoi tendant à la dessaisir elle-même, peut indiquer une autre cour royale pour connaître du fond.

ART. et 372, au titre des renvois. Du moins cette marche devrait-elle être suivie toutes les fois que la demande serait basée sur des faits qui peuvent compromettre le caractère des membres du tribunal.

On devrait par conséquent déposer au greffe de la cour un acte contenant les moyens de renvoi : sur l'expédition de cet acte présentée à la cour, elle rendra son arrêt portant que la communication sera faite aux juges à raison desquels le renvoi est demandé. A cet effet, on déposera au greffe de leur tribunal l'expédition de l'acte avec l'arrêt de la cour. Ils feront leur déclaration au bas de l'expédition de l'arrêt, et le tout sera transmis par le greffier du tribunal au greffier de la cour. On appliquera également les autres règles relatives à la communication au ministère public, à l'indication d'un jour pour faire le rapport, à la signification qui doit être faite aux parties intéressées (1).

Cependant, la loi n'ayant pas prévu spécialement le cas qui nous occupe, il serait difficile, alors même que la demande en renvoi serait fondée sur la suspicion légitime, d'en faire prononcer la nullité par le motif qu'elle aurait été

(1) V. arrêt de Nancy du 27 mars 1841 ; Dalloz, 41, 2, 95.

introduite devant la cour sur simple requête, ou même directement par voie d'ajournement (1). Art.

La matière des renvois est une de celles où le législateur a le plus complétement rompu avec les précédents de l'ancienne législation. A part ses complications, celle-ci avait le grave inconvénient de favoriser la fraude en présentant aux rivalités et aux usurpations des tribunaux une dangereuse amorce. La loi, bien souvent, n'est mauvaise que parce qu'il est facile d'en abuser : *Nos scimus quià lex bona est modò quis eâ utatur legitimè.*

(1) V. arrêts de Limoges du 26 janvier 1824, Dalloz, 26, 2, 157 ; de Rennes, du 22 janvier 1833, Dalloz, 33, 2, 252 ; de Nancy, du 18 mars 1839, Dalloz, 40, 2, 99.

# CHAPITRE XXVII.

## DE LA RÉCUSATION.

(Liv. 2, tit. 21, art. 378-396 du code de procédure.)

Art. Un vieil auteur recommande sérieusement aux plaideurs de ne pas manquer de saluer leur juge, s'ils veulent se le rendre favorable (1). Dans cette naïveté d'un autre âge se trouve en germe une grande moralité, une vérité cachée sous une apparence futile.

L'action de la justice humaine résout, en s'exerçant, un difficile problème : ce sont des hommes qui réclament la reconnaissance de leur droit ; ce sont aussi des hommes qui écoutent et qui jugent. Le législateur a manifesté sa volonté; la voix de la conscience essaye de se faire entendre, mais le plaideur est sourd et ses passions l'aveuglent. Hélas! les mêmes passions n'ont-elles pas aussi leur foyer dans le

(1) Rebuffe, *Tract. de recusationibus, præfat.*, n° 1.

cœur de l'homme chargé d'interpréter la loi et de sanctionner le droit? Que le juge d'aujourd'hui descende demain dans l'arène du plaideur, il se montrera lui aussi aveugle et sourd; et celui qui naguère ramenait les intérêts opposés dans les voies de la justice, s'égarera peut-être dans les détours d'une prétention suspecte ou d'une défense tortueuse.

Mais les passions du plaideur veillent et agissent; celles du juge sommeillent. Là est la différence entre eux; là se trouve la solution du problème. C'est la condition essentielle de *l'impartialité* qui élève le juge au-dessus du plaideur, et qui le sacre aux yeux de tous de ce caractère de supérieur, condition inséparable de la mission qu'il remplit.

Que cette impartialité soit altérée, que son intérêt personnel, ses affections, ses inimitiés ou les engagements de son amour-propre, viennent ranimer ses passions assoupies, le juge est dépouillé de son prestige; il existe en lui une cause d'*abstention* ou de *récusation*.

L'abstention est le fait spontané du juge qui reconnaît que les conditions d'impartialité lui manquent. — La récusation est le fait du plaideur refusant pour juge de la contestation celui qui légalement est appelé à en connaître.

ART. Les institutions se modifient, car l'intelligence de l'homme ne connaît pas de point d'arrêt; mais ses passions marquent toutes les époques d'une invariable empreinte. Dans Laubardemont, qui ne reconnaît Verrès? Partout et dans tous les temps, la fragilité du juge et les appréhensions du plaideur ont exigé des garanties.

Dans les premiers temps de Rome, lorsque l'arbitre juré n'était nommé par le préteur que sur la désignation des parties (1), les récusations, quoique facilement accueillies, devaient sans doute être fort rares. Mais, lorsqu'il s'agissait de jugements publics, les juges étaient désignés par le sort, et au moment où leur nom sortait de l'urne, les parties pouvaient user du droit de récusation : *Hunc nolo, timidus est* (2); ou si la récusation avait une cause plus injurieuse, un serment devait intervenir :

(1) *Neminem voluerunt majores nostri, non modo de existimatione cujusquam sed ne pecuniariâ quidem de re minimâ esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.* (Cic. pro Cluentio, n° 43.)

(2) *Sors et urna fisco judicem assignat; licet rejicere, licet exclamare : Hunc nolo, timidus est.* (Plin. jun. Paneg., n° 36.)

*Ejero, iniquus est* (1). Cette récusation était péremptoire, c'est-à-dire que la partie n'était obligée de préciser aucun autre motif de suspicion. Ce droit s'exerçait jusqu'à l'épuisement des noms tirés au sort. Alors un nouveau tirage, *subsortitio,* remplaçait les juges récusés. ART.

Lorsque, par l'abrogation du système formulaire, les parties perdirent le droit de choisir elles-mêmes leur juge, et que par la substitution des officiers impériaux au citoyen élu par elles, les garanties d'indépendance et d'impartialité se trouvèrent diminuées, les constitutions des empereurs durent organiser pour les récusations un nouveau système en harmonie avec les changements introduits dans la procédure. Elles exigèrent que les moyens de récusation fussent précisés, et déterminèrent les délais et les formes à suivre (2). Mais, peu soucieuses de la dignité du juge, elles ne spécifièrent point les causes de récusation, et l'abandonnèrent ainsi à toutes les récriminations des plaideurs.

Ces principes du droit romain devinrent

(1) *Quum ei M. Flaccus, multis probris objectis, P. Mucium judicem tulisset : Ejero, inquit, iniquus est.* (Cic. de Oratore, lib. 2, n° 70.)

(2) V. le titre *de judiciis* au Code.

Art. ceux de la France. Consultez les anciennes coutumes, les ordonnances des rois, les monuments de la jurisprudence, les décisions du droit canonique, vous ne trouverez que le chaos, et partout l'arbitraire prenant la place de la règle. Rebuffe compte près de quarante causes de récusation, et certes il ne les a pas toutes énumérées; car, suivant les docteurs : *Judex recusatur ex quâcunque causâ indifferenter, si justa sit* (1).

L'application de cet axiome s'étendait d'une singulière façon : On peut récuser, suivant la coutume de Beauvoisis, « li idiote à qui il apert que il ne usent pas de bonne mémoire ou par grant viellece ou par sotie naturele (2). » Ici l'on était admis à récuser le compère de la partie adverse (3) ou le parrain de son enfant (4); là, le juge, *cui pars locuta erat in aure secreta* (5); ou celui qui fréquentait les ennemis du plaideur, *si judex crebro cum inimicis conversaretur, ludendo, bibendo, vel*

(1) Rebuffe, *Tract. de recusationibus*, n° 38.

(2) Beaumanoir, chap. 66.

(3) Arrêt du parlement de Bretagne du 4 août 1560; Dufail, liv. 3, chap. 21.

(4) Arrêt du parlement de Bourgogne du 30 mars 1610; Bouvot, v° *récusation*, quest. 6.

(5) *J. Constantius*, sur l'ordonnance de 1539, art. 10.

*cum illis pernoctando* (1). La récusation ne respectait pas les plus secrètes sympathies du juge : *Judex recusatur in causâ suæ amasiæ, quia amasius pro amasiâ omne fas atque nefas committeret* (2) Les alarmes du plaideur paraissaient même justifiées, c'est Rebuffe qui l'atteste, lorsqu'il avait pour adversaire une femme belle et de mœurs faciles, devant un juge sans défense contre une telle séduction : *Interdùm vidi recusari quemdam juvenem judicem luxuriosum in causâ pulcherrimæ mulieris facilè cadentis* (3). Enfin quelques docteurs, pour donner un symbole matériel à l'impartialité du juge, voulaient que son visage ne trahît jamais les émotions de son âme, et, si le juge ne se montrait impassible comme la statue de la justice, ils permettaient de le récuser, *quia animi motum vultus detegebat* (4). Art.

L'ordonnance de 1667 vint régler à son tour la matière des récusations (5). Les abus étaient

(1) Rebuffe, *Tract. de recusationibus*, n° 20.

(2) Rebuffe, *ib.*, n° 55.

(3) Rebuffe, *ib.*, n° 56.

(4) Par application de la loi 19, § 1 ff., *de officio præsidis*.

(5) V. le titre 24 de cette ordonnance.

ART. flagrants; néanmoins cette ordonnance, qui créa pour la procédure une ère nouvelle, n'osa pas les déraciner, et se contenta d'énumérer les causes principales de récusation, en réservant timidement aux juges le soin d'apprécier celles qui n'étaient pas prévues. Sur ce point la procédure resta sous le joug des précédents.

La récusation devait être motivée; mais l'avantage résultant de cette condition imposée au plaideur s'évanouissait en présence du vague des allégations et de l'arbitraire illimité de la jurisprudence. — Toute une classe de citoyens eut même, à une époque de discordes civiles et religieuses, le droit de proposer des récusations péremptoires. Après les fureurs de la Ligue, Henri IV devait une protection à ses anciens compagnons d'armes; et, pour neutraliser d'aveugles préventions contre ceux qui professaient la religion réformée, il voulut, par l'article 65 de son édit de Nantes, « qu'en tous procès meus ou à mouvoir, où ceux de ladite religion seront en qualité de demandeurs ou défendeurs, parties principales ou garands *ès matières civiles*, esquelles nos officiers ès sièges présidiaux ont pouvoir de juger *en dernier ressort*, leur soit permis de requérir que deux de la chambre où les procès se devront juger

s'abstiennent du jugement d'iceux, lesquels, *sans expression de cause*, seront tenus s'en abstenir, nonobstant l'ordonnance par laquelle les juges ne se peuvent tenir pour recusez sans cause, leur demeurant, outre ce, les récusations de droit contre les autres. » ART.

Les priviléges accordés aux religionnaires tombèrent par la révocation de l'édit (1).

Triste rapprochement ! deux siècles s'étaient écoulés depuis la promulgation de l'édit de Nantes, lorsque de terribles dissensions brisèrent de nouveau les liens qui unissent entre eux les enfants de la même patrie; et bientôt une loi calquée sur les textes de l'édit fit revivre ses dispositions, sous l'inspiration des défiances réciproques et des ressentiments mal éteints.

La loi du 23 vendémiaire an IV donna à chacune des parties, dans les affaires civiles ou criminelles, le droit de récuser un juge ou suppléant, *sans en exprimer le motif*: « Cette récusation, dit la loi, sera appelée *péremptoire;* elle ne préjudiciera point au droit de proposer contre les autres juges des récusations sur des motifs légitimes. »

(1) L'Edit, promulgué en 1598, fut révoqué par Louis XIV en 1685.

ART. Ce n'était plus, comme sous l'édit, une seule classe de citoyens qui avait à se défendre contre d'injustes préventions; tous les Français étaient présumés suspects les uns aux autres; il semblait que chacun dût avoir une haine à satisfaire, une vengeance à redouter.

Comme toutes les lois de circonstance, celle du 23 vendémiaire an IV ne pouvait avoir qu'une existence éphémère ; quelques jours après l'avoir promulguée, la Convention en prononçait elle-même l'abrogation, au moins pour les procédures en matière criminelle, par la disposition générale de l'article 594 de la loi du 3 brumaire de l'an IV (1). Mais, pour les matières civiles, elle se maintint jusqu'à la promulgation du code de procédure. Alors la tempête s'était apaisée, et les passions qui devaient se ranimer encore, sommeillaient, fatiguées de leur propre énergie. Les récusations péremptoires furent bannies de notre code (2); cette réforme ne fut pas la seule, et d'autres abus subirent la même disgrâce.

(1) Arrêts de la cour de cassation des 8 et 28 thermidor an VIII; Dalloz, t. 11, p. 530.

(2) Elles n'ont été maintenues que dans les jugements par jury. V. art. 399 du code d'instr. crim., et 34 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour utilité publique.

Le code a déterminé les causes de récusation; son texte est limitatif. Comparez en effet l'article 378 avec les dispositions du titre 24 de l'ordonnance de 1667; vous trouverez que les causes de récusation admises par le code sont puisées à cette source; mais l'ordonnance ajoutait: « N'entendons aussi exclure les autres moyens de fait ou de droit pour lesquels un juge pourrait être valablement récusé (1). » Cette disposition ne fut pas reproduite. La cour de cassation, dans ses observations sur le projet du code, proposa un article ainsi conçu : « La loi laisse à la conscience des tribunaux à décider si d'autres causes qui pourraient être proposées sont assez graves pour motiver la récusation (2). » Le législateur resta muet. Le motif de son silence ne saurait être douteux. L'intention des rédacteurs résulte de ces paroles de la section du tribunat : « Le projet ne répète pas ce qu'avait dit l'art. 12 de l'ordonnance, que le juge pourrait être aussi valablement récusé pour les autres moyens de fait et de droit. Le projet supprime aussi la récusation péremptoire. La section applaudit à ces changements, l'article de l'ordonnance laissant un vague effrayant, Art. 378.

(1) Ordonn. de 1667, tit. 24, art. 12.

(2) Art. 82 des observations.

Art. et qui donnait lieu à de grandes discussions. La récusation péremptoire donnait lieu à des intrigues, attirait trop souvent à des juges des désagréments non mérités, et ne tendait que trop à déconsidérer la justice (1). » On doit donc regarder comme limitative la disposition de l'article 378; c'est un principe nouveau, et qui doit à ce titre fixer spécialement l'attention (2).

Pour limiter en les énumérant les causes de récusation, le législateur a dû rechercher le secret de la partialité du juge et le mobile qui la fait agir. Mais cette appréciation de mystérieuses influences n'a pu se faire sans sacrifier à l'intérêt privé du plaideur la susceptible dignité du juge. Quelles que soient les restrictions apportées, les précautions imaginées, les causes de récusation établissent entre le juge et le plaideur une triste parité, en courbant leurs fronts sous le niveau des mêmes passions et des mêmes faiblesses.

On raconte que le grand Molé, récusé dans un de ces procès auxquels les troubles de l'é-

(1) Locré, Esprit du code de procédure, t. 2, p. 52.

(2) Ce principe a été consacré par arrêt de la cour de cassation du 12 juin 1809; de la cour d'Agen, du 28 août 1809; de Bourges, du 27 juillet 1822.

poque donnaient une importance politique, Art.
ne put conserver, devant un injuste soupçon, la constance de son âme; et ses ennemis, qui reconnaissaient en lui *quelque chose de plus grand que la fermeté* (1), virent pour la première fois des larmes dans ses yeux! Il savait mépriser l'injure et la violence; mais il pleurait sur l'humiliation subie par la justice, descendue avec lui des hauteurs où il l'avait placée.

Les causes de récusation admises par le code sont fondées sur les dangers qui peuvent naître : — de *l'intérêt personnel*, — de *l'affection*, — de *la haine*, — ou de *l'amour-propre* du juge. Parmi les causes de récusation, les unes peuvent être également invoquées par toutes les parties; d'autres, au contraire, ne peuvent être invoquées que dans un seul intérêt. Je signalerai ces différences.

1° L'INTÉRÊT PERSONNEL est en jeu :

« Si le juge, sa femme, leurs ascendants et 378
descendants ou alliés dans la même ligne, ont § 3.

(1) Mémoires du cardinal de Retz, liv. 3.

Art. 378 un *différend* sur une pareille question que celle dont il s'agit entre les parties ;

§ 4. » S'ils ont un procès en leur nom dans un tribunal où l'une des parties sera juge ; s'ils sont créanciers ou débiteurs de l'une des parties ;

§ 7. » Si le juge est tuteur, subrogé tuteur ou curateur, héritier présomptif ou donataire, maître ou commensal de l'une des parties ; s'il est administrateur de quelque établissement, société ou direction, partie dans la cause ;

§ 8. » S'il a reçu des présents de la partie. »

On comprend le motif qui rend le juge récusable lorsque lui-même ou ses proches ont un différend sur une question pareille à celle qu'il est appelé à juger (1). Il est à craindre qu'il ne soit porté à décider la question de manière à établir un précédent favorable à ses intérêts ou à ses sympathies.

Il faut que le différend soit né (2), et par conséquent soumis à un tribunal. Ce n'est pas

(1) Ordonn. de 1667, tit. 24, art. 5.

(2) Arrêts de la cour de cassation du 15 messidor an XI et 27 nivôse an XII ; Dalloz, t. 11, p. 532 ; et Journal des Avoués, t. 18, p. 620. Ces arrêts ont été rendus sous l'empire de l'ordonnance dont le texte est reproduit par le code.

ainsi que l'entend M. Chauveau (1). Tout en reconnaissant que la *possibilité* d'une contestation future sur une question pareille ne suffirait pas pour justifier la récusation, cet auteur considère comme un différend actuel l'existence de prétentions élevées de part et d'autre, « lorsque déjà les parties ou leurs conseils se sont vus pour discuter leurs titres, lorsque des lettres ont été écrites, lorsqu'enfin le procès est près d'éclater. » Je ne saurais me rendre à cette opinion, qui repose uniquement sur une opposition de mots entre le § 3 de l'article 378, qui se sert du terme de *différend*, et le § 4, qui emploie l'expression de *procès*. Il ne faut pas chercher dans les termes une intention énigmatique que le législateur aurait soigneusement voilée; dans le § 8, l'expression de *différend* n'est-elle pas employée dans le sens d'un *procès* déjà soumis aux juges? c'est donc uniquement dans l'esprit et dans l'intention générale de la loi qu'il faut chercher la solution. Art. 378.

L'inconvénient que présenterait l'interprétation de M. Chauveau avait frappé les rédacteurs de l'ordonnance, quel que fût à cette époque le laisser-aller de la doctrine en

(1) Lois de la procéd., quest. 1570.

Art. 378. matière de récusation. L'art. 5 du titre 24 exigeait que le différend fût prouvé par écrit, « sinon le juge en sera cru à sa déclaration, sans que celui qui proposera la récusation puisse être reçu à la preuve par témoins, ni même demander aucun délai pour rapporter la preuve par écrit. » Sur cet article, M. le premier président fit observer « qu'à le prendre au pied de la lettre, la disposition de l'article était bonne et se pratiquait : qu'il était incompatible d'être juge et client; qu'en ce cas, le juge ne pourrait conserver l'état d'indifférence qu'il devait avoir; mais qu'il était à craindre qu'en faisant un article d'ordonnance, *cela ne donne occasion à bien des chicanes, et à faire des* PROCÈS *exprès pour se préparer des récusations; que la moindre circonstance faisait changer les affaires, et y mettait une différence notable;* que ce serait de grands éclaircissements qu'il y aurait à faire entre les juges et les parties. » Sur quoi M. Pussort répondit : « que l'article y avait pourvu en ordonnant que les preuves en seraient rapportées *par écrit*, et que c'était un correctif suffisant pour prévenir l'abus que l'on pourrait faire de l'article (1). » La nécessité de

(1) Conférences sur l'ordonnance de 1667, tit. 24, art. 5.

rapporter une preuve écrite ne suppose-t-elle pas un procès engagé? Pour faire cette preuve, dit un des commentateurs de l'ordonnance, « il faut recourir à la partie adverse du juge, et tirer des copies collationnées des pièces qui peuvent établir l'état du procès; mais, si la partie adverse du juge, par caprice ou autrement, refuse ses pièces au récusant, que fera celui-ci? Il ne peut que s'en rapporter à la déclaration du juge, après laquelle la partie n'est pas recevable à prouver le contraire (1). » Il est donc certain que sous l'empire de l'ordonnance le *différend* était synonyme de *procès*. Je demande comment pourrait être appréciée la similitude des questions qui intéressent à la fois le juge et la partie, si l'on suppose que la contestation concernant le juge n'a donné lieu qu'à de simples pourparlers, et que ces prétentions ne soient pas encore fixées par les termes précis d'une demande judiciaire (2)? ART. 378.

Il suffit d'ailleurs que le différend dans lequel le juge serait partie présentât à décider la même question de droit ou de fait, quoique les circonstances particulières du procès ne fussent

(1) Serpillon sur l'ordon. de 1667, tit. 24, art. 3.

(2) V. toutefois Rodier sur le même article, quest. 2.

Art. 378. pas identiquement les mêmes que celles du procès porté devant le tribunal dont il est membre.

Si le juge, sa femme, leurs ascendants et descendants ou alliés dans la même ligne ont un procès en leur nom dans un tribunal où l'une des parties sera juge (1).

On comprend facilement l'intérêt que peut avoir le juge à ménager la partie qui doit le juger à son tour. C'est, suivant l'expression de Maynard, « afin de ne mettre les parties en ce hazard, et leur en arracher du cerveau l'opinion que vraysemblablement elles pourroient avoir en cet endroit, des conventions tacites et respectivement maintenues *in mente*, d'un contract sans nom, qu'on aurait paraphrasé : *Je fais, afin que tu fasses* (2). »

Si le juge ou l'un de ceux qui lui sont unis par le même lien de parenté et d'alliance, sont créanciers ou débiteurs de l'une des parties (3).

Créancier, le juge a intérêt, pour lui-même

(1) Ordonnance de 1667, tit. 24, art. 7.

(2) Maynard, liv. 1, chap. 82.

(3) Cette cause de récusation n'était pas exprimée dans l'ordonnance, mais elle était admise par les arrêts. V. Rodier sur l'ordonnance, tit. 24, art. 12, quest. 1.

ou ses proches, à ce que le débiteur s'enrichisse par le gain du procès, ou ne s'appauvrisse pas en le perdant; débiteur, il a intérêt à ménager le créancier et à le rendre au besoin plus traitable. ART. 378.

Le motif de la loi suffit pour indiquer la solution des difficultés que son application peut soulever. Une dette modique eu égard à la position respective du juge et de la partie ne serait pas une cause suffisante de récusation (1). Mais il importerait peu que la dette du juge ou sa créance fût à terme ou conditionnelle, si son importance était de nature à la faire prendre en considération; le lien de dépendance qui unit le débiteur au créancier n'en subsiste pas moins, quelles que soient les modalités de l'obligation. Il serait même indifférent que la dette ne consistât que dans les arrérages non encore échus d'une rente sans capital.

Cependant j'appliquerais d'autres principes, s'il s'agissait de fermages ou de loyers. Pour considérer alors le juge comme créancier ou comme débiteur, j'exigerais pour condition l'échéance de la dette. Le fermier n'est pas un débiteur ordinaire, c'est un agent qui intervient pour exploiter le fonds et en retirer le produit

(1) V. Thomine-Desmazures, t. 1, p. 591

ART. 378. qui revient au propriétaire. Le fermier n'est donc, à vrai dire, qu'un intermédiaire qui transmet au bailleur ce qui reste du produit de la terre, déduction faite des frais de production. Il n'est débiteur que comme détenteur des fruits (1). A la vérité, le bail à loyer présente d'autres caractères; c'est une jouissance oisive qu'il procure au preneur; le loyer représente la jouissance, et non les produits. Néanmoins il existe entre les deux espèces de baux une assez grande corrélation pour appliquer dans les deux cas la même solution; c'est-à-dire que la qualité de bailleur ou de preneur de l'une des parties en cause ne sera pas un motif de récusation, si les fermages ou les loyers ne sont actuellement exigibles (2).

Enfin la qualité de créancier et celle de débiteur doivent être prises ici dans un sens restrictif. On ne considérera pas comme débiteur le dépositaire, le commodataire; ni comme créancier le prêteur à usage, ou le déposant; et pour généraliser ma pensée, la qualité de

(1) Argument des articles 1769 et suiv. du code civil.

(2) Cette solution était généralement admise sous l'ancienne jurisprudence. V. Larocheflavin, Traité des parlements, liv. 13, chap. 85, art. 28, et le Répertoire de Merlin, v° *récus.*, § 1.

créancier s'effacera devant la qualité prédominante de propriétaire, toutes les fois qu'il s'agira de la créance ou de la dette d'un corps certain et déterminé (1). Art. 378.

Si le juge est tuteur, subrogé tuteur, ou curateur de l'une des parties (2).

De même que la loi n'avait pas besoin de dire que le juge serait récusable dans sa propre cause, parce que les qualités de juge et de partie sont incompatibles ; de même on pourrait considérer comme inutile la disposition qui frappe de suspicion le tuteur agissant au nom de son pupille, et qui le déclare récusable comme juge (3). C'est au nom du tuteur, ou contre le tuteur lui-même, que sont dirigées les actions qui concernent le mineur. Et si le tuteur n'a qu'un intérêt indirect, il est cependant partie *en nom* dans l'instance, comme maître du procès : *tutor domini loco habetur*.

Ce texte emprunté à l'ordonnance avait autrefois son utilité. Rodier observe que dans

(1) Code civil, art. 1158.

(2) Ordon. de 1667, tit. 24, art. 10.

(3) Aussi, dans l'art. 283 du code de procéd., a-t-on considéré comme inutile de dire que le tuteur ne pourrait être entendu comme témoin dans le procès où il figure pour son pupille.

Art. 378. les pays coutumiers, où la tutelle se prolongeait jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, le mineur pouvait agir en son nom personnel sous l'autorisation de son tuteur; tandis que dans les pays de droit écrit, où la tutelle proprement dite finissait à la puberté, le tuteur représentait dans l'instance l'impubère qui n'y figurait pas en nom. Cette différence dans les législations rendait alors nécessaire une disposition qui, pour toutes les hypothèses, établît contre le juge investi de la qualité de tuteur une cause de récusation (1).

Quant au curateur, il assiste seulement dans l'instance, sans y prendre de conclusions; il est néanmoins récusable comme juge, parce qu'il est le conseil et le défenseur légal de la partie qu'il assiste. Cette cause de récusation s'applique également au conseil judiciaire, qui se trouve compris sous la dénomination générique de *curateur*.

C'est aussi à raison de leur intérêt plus ou moins direct au résultat du procès, que les juges, administrateurs d'un établissement,

(1) V. Rodier sur l'ordonn. de 1667, tit. 24, art. 10, quest. 6.

d'une société ou d'une direction qui plaident, sont soumis à la récusation (1). Art. 378

Remarquez que la loi n'exige pas, comme l'ordonnance, que le juge soit *nommé dans les qualités* pour être récusable. Peu importe donc qu'il n'exerce pas les actions de l'établissement ou de la société qu'il administre.

Remarquez aussi que la loi ne s'occupe pas de l'hypothèse où le juge serait personnellement intéressé ou associé, car alors il ne serait pas seulement récusable, puisqu'au lieu d'être juge il serait partie.

Si cependant l'établissement dans lequel le juge a un intérêt, était constitué dans de telles proportions que l'intérêt individuel de ceux qui le composent se trouvât fractionné au point de s'effacer devant la grandeur des intérêts réunis; si l'ensemble de ces intérêts composait plutôt une *universalité* qu'une *société*, il faudrait rejeter une récusation qui n'aurait pas dans l'intérêt individuel du juge une base suffisante. Ainsi les états de Hollande décidèrent, le 23 mai 1607, que dans les causes de la compagnie des Indes, on ne pouvait récuser comme suspects les magistrats qui

(1) Ordonn. de 1667, tit. 24, art. 10.

Art. 378. avaient eux-mêmes, ou dont les proches avaient des actions dans la compagnie : *Cum nec quod societati debetur, singulis singulatim, debitum sit; nec societatis negotia, socii singuli, sed publicâ constituti auctoritate curatores tractent; nec denique societas ista*, UT PRIVATA, *sed magis* UT UNIVERSITAS QUÆDAM PUBLICA *consideranda sit* (1).

On pourrait appliquer cette décision dans le cas où la récusation serait motivée sur l'intérêt qu'aurait le juge comme actionnaire de la banque de France ou d'une autre administration publique partie au procès, ou sur la qualité d'intéressé dans une compagnie d'assurances mutuelles contre l'incendie, dont les statuts admettent la répartition entre tous les assurés, des pertes causées par les sinistres. Le juge ne serait récusable que s'il était administrateur de la compagnie.

Par application du même principe, on décidera que la qualité d'habitant d'une commune partie au procès ne serait pas une cause suffisante de récusation contre le juge (2):

(1) Voët sur le tit. *de judiciis*, art. 45.

(2) Arrêts de la cour de cassation des 4 juillet 1816 et 17 décembre 1828.

*Apparet eos non in suâ, sed prorsùs alienâ, publicâ nempè civitatis causâ, judicare* (1). Le juge ne serait récusable qu'autant qu'il exercerait des fonctions municipales, et qu'il pourrait ainsi être considéré comme l'un des *administrateurs* de la commune. Art. 378.

Ces solutions laissent d'ailleurs entière la faculté de *s'abstenir* que le juge conserve, ainsi qu'on le verra plus tard, même dans des hypothèses qui ne justifieraient pas une récusation.

Si le juge est héritier présomptif ou donataire de l'une des parties (2).

L'héritier présomptif est celui à qui la succession ou une part de la succession serait actuellement dévolue si elle venait à s'ouvrir. Cette cause de récusation se confondra souvent avec celle qui résulte de la parenté; néanmoins la parenté considérée isolément n'est plus au-delà du sixième degré un motif de suspicion, tandis que la qualité d'héritier présomptif, qui soumet le juge à un soupçon de partialité basé sur l'intérêt personnel plutôt que sur l'affection présumée, sera, jusqu'au degré

(1) Voët sur le titre *de judiciis*, ff. n° 45.

(2) Ordonn. de 1667, tit. 24, art. 10.

Art. 378. successible le plus éloigné, une cause légale de récusation.

Héritier présomptif, le juge aurait à satisfaire les exigences de l'intérêt personnel; donataire, il se laisserait entraîner aux aveugles inspirations de l'intérêt déjà satisfait. Toutefois il existe une différence entre les deux cas relativement à la réciprocité. Le juge *donateur* n'est pas récusable dans la cause de son *donataire;* le juge peut être récusé dans la cause de son *héritier présomptif*. Je signalerai les raisons de différence en m'occupant des motifs de récusation fondés sur l'affection présumée.

Si le juge est maître ou commensal de l'une des parties (1).

Ici l'intérêt personnel va s'affaiblissant, parce qu'il est moins direct. On conçoit néanmoins que le juge ait à conserver vis-à-vis de ses serviteurs ou de ses commensaux des rapports de bonne intelligence, qui pourraient être compromis par le ressentiment de la perte d'un procès.

Dans l'ancien droit, où les mœurs féodales avaient établi des rapports multipliés de dépendance personnelle, la domesticité ne présen-

(1) Ordonn. de 1667, tit. 24, art. 10.

tait pas à l'esprit l'idée de subordination servile que le langage ordinaire rattache à cette expression. D'un autre côté, le droit de justice attribué au seigneur n'était pas exercé directement par lui, mais délégué, suivant son caprice, à tel de ses vassaux ou de ses gens qu'il lui plaisait choisir. Il n'était pas rare que le juge seigneurial fût en même temps l'intendant du seigneur ou le précepteur de ses enfants, habitant le manoir, et vivant avec la famille *à même pot et feu*. Aussi l'ordonnance prend-elle soin de dire que si le juge est maître ou *domestique* de l'une des parties, il n'en pourra demeurer juge. ART. 378.

Aujourd'hui l'indépendance du juge n'est pas seulement dans le témoignage de sa conscience, elle apparaît aussi dans les faits extérieurs. La dignité de ses fonctions est incompatible avec tout emploi, tout service à gage (1). Les fonctions judiciaires sont de celles dont la noblesse déroge dans des occupations d'un autre ordre. La loi n'a donc pas dû prévoir une mésalliance entre le ministère du juge et quelque

(1) Les incompatibilités prononcées par l'art. 42 de l'ordonnance de 1822 entre certaines fonctions et la profession d'avocat, doivent être appliquées aux juges par voie d'analogie.

Art. 378. emploi subalterne; elle suppose seulement qu'il peut être maître ou commensal de l'une des parties en cause.

Un juge est maître de ses domestiques et de ses serviteurs; il n'est pas le maître de ses fermiers.

Il est commensal d'une partie lorsqu'il prend *habituellement* ses repas à sa table, ou qu'il la reçoit *habituellement* à la sienne. La circonstance que le juge et la partie prendraient ensemble leurs repas dans une maison tierce ne constitue pas la commensalité, et ne donnerait pas ouverture au droit de récusation.

L'intérêt pécuniaire anime encore le juge qui reçoit des présents de l'une des parties (1).

Lui laisser alors le droit de juger, ce serait mettre sa voix aux enchères. La loi des XII Tables punissait de mort le juge qui vendait son suffrage (2), et l'orateur romain flétrissait comme le plus honteux des crimes l'action du juge qui trafique de sa conscience et

(1) Ordonn. de 1667, tit. 24, art. 15. — V. Rodier sur l'art. 12 du tit. 24, quest. 1re.

(2) *Nisi duram esse* LEGEM *putas quæ judicem arbitrumve jure datum qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite punit.* (Aulu-Gelle, lib. 20, cap. 1.)

de sa religieuse mission : *Non flagitiosum tantùm, sed omnium etiam turpissimum maximèque nefarium mihi videtur ob rem judicandam pecuniam accipere; pretio habere addictam fidem et religionem* (1). Art. 378.

Rome corrompue laissa tomber dans l'oubli ces antiques rigueurs; et l'impunité des magistrats enfanta la vénalité des sentences. La loi *Julia* fut rendue pour réprimer ces désordres; mais le glaive des lois s'était depuis longtemps émoussé, et le fer des proscriptions était le seul qui sût frapper à coup sûr. La restitution du triple de la chose reçue et la perte de son office, en matière civile; la confiscation et l'exil, en matière criminelle, furent, dans le dernier état de la législation, les seules peines contre le juge prévaricateur (2); et, s'il avait fait mourir un innocent, la déportation : *Quid enim, si ob hominem necandum pecuniam acceperint? Capite plecti debent, vel certè in insulam deportari, ut plerique puniti sunt* (3).

Nos anciennes ordonnances eurent aussi leurs

(1) Cicéron, *in Verrem.*

(2) V. le titre *de lege Juliâ repetundarum* au Digeste, et le titre au Code, *de pœnâ judicis qui malè judicavit vel ejus qui judicem vel adversarium corrumpere curavit.*

(3) L. 7, § 3, ff. *de lege Juliâ repetundarum.*

Art. 378. sévérités contre ceux qui recevaient des parties litigantes les arrhes d'une justice disposée à se vendre. Néanmoins on s'aperçoit aux restrictions du texte qu'elles eurent à lutter contre des abus dès longtemps enracinés, qui arrachèrent aux réformateurs de timides concessions.

« Nous establissons, disait saint Louis, que tous nos seneschaux, baillis et tous autres en quelque office que ils soient, facent serement que tant comme ils seront esdites offices, ils feront droit à chascun, sans exception des personnes, aussi au poure comme au riche, à l'estrange comme au privé, et garderont les us et coûtumes des lieux bonnes et eprouvées. Et s'il avient qu'ils facent contre leur serement, et il en soient atteint, nous voulons que il en soient puni en leurs biens et en leurs personnes se le meffait le requiert. — *Item* ils jureront que il ne prendront par euls ne par aultrés, don nul, ne or, ne argent, ne benefice personnex, ou esperitex, ne autre chose, *se ce n'est fruit ou vin, ou autre présent de quoy la somme de dix sols ne soit pas surmontée en la sepmaine* (1). »

(1) Ordonn. de 1256, art. 1 et 5. — Un capitulaire de Charlemagne de l'an 800, *de villis et curtis impera-*

Ces dispositions furent successivement reproduites dans un grand nombre d'ordonnances. Mais le sentiment de la dignité du juge et la rigidité des mœurs firent bientôt proscrire les derniers restes de vieux abus, et les ordonnances de Moulins et de Blois défendirent aux juges, à peine de concussion, de recevoir des parties aucun présent sans distinction (1). Il ne resta de l'ancien usage que le terme d'*épices*, qui servit à désigner la somme allouée au juge dans la taxe des dépens, et qu'autrefois les parties acquittaient *en menus présents et gracieusetés*. ART. 378.

On sait de quelle célébrité la plume mordante de Beaumarchais accabla le nom du conseiller Goëzman. Le parlement Meaupou condamna Beaumarchais, et mit Goëzman hors de cour et de procès. L'opinion ne sanctionna pas l'arrêt, et répéta ces énergiques paroles du

*toris*, contient une énumération des présents que peuvent accepter les juges de ses domaines : *Non corvadas, non materiam cædere, nec aliud opus sibi facere cogant, et neque ulla dona accipiant, non caballum, non bovem, non vaccam, non porcum, non vervecem, non porcellum, non agnellum, nec aliam causam, nisi buticulas et ortum, poma, pullos et ova.* (Baluze, t. 1, p. 331.)

(1) Ordonn. de Moulins de 1566, art. 19, et de Blois de 1579, art. 114.

Art. 378. condamné : « L'action *répréhensible* d'offrir de l'or peut au moins s'excuser dans un plaideur emporté par un violent intérêt. Comme il ne plaide que pour gagner sa cause, et qu'on lui crie de toute part : Payez! payez! ne vous lassez pas! peut-il savoir au juste à quelle personne il doit s'arrêter? Qui posera la barrière et lui montrera la borne finale? Et, si la nécessité le force à passer les limites, quel homme assez pur osera lui jeter la première pierre? — Mais le juge, organe de la loi silencieuse, le juge impassible et froid comme elle pour les intérêts sur lesquels il doit prononcer, fera-t-il sans crime de la balance de Thémis un vil trébuchet de Plutus? L'intention du plaideur qui donne est au moins sujette à discussion, et peut s'interpréter de mille manières; mais le juge qui reçoit est sans excuse aux yeux de la loi. Si le premier doit acheter mille choses en plaidant, le second n'a rien à vendre en jugeant. Il est donc le vrai coupable, le seul *punissable;* l'autre est tout au plus *répréhensible* (1). »

Notre code pénal, sans donner complétement raison à Beaumarchais, semble admettre une distinction fort rationnelle d'ailleurs en

(1) Mémoire à consulter pour P. A. Caron de Beaumarchais.

ne frappant le provocateur que lorsque la corruption a pour objet d'obtenir à prix d'argent *un acte injuste* (1). Art. 378.

Ajoutons que la disposition de notre article est restée sans application depuis la promulgation du code, et que l'intégrité des magistrats les a préservés d'une récusation basée sur cet injurieux motif. On comprend d'ailleurs que la cause de récusation existerait avec la même force, si les présents avaient été faits à la femme ou aux enfants du juge, ou à ses ascendants demeurant avec lui, qu'on devrait présumer alors personnes interposées :

> . . . . . *Nam prodiga corruptoris*
> *Improbitas, ipsos audet tentare parentes* (2).

C'était une disposition expresse des anciennes ordonnances.

Les causes de récusation basées sur l'intérêt personnel doivent être considérées comme seulement relatives, c'est-à-dire que la partie contre laquelle cet intérêt ferait pencher la partialité du juge, pourra s'en prévaloir, et

(1) Code pénal, art. 177 comparé avec 179. V. Théorie du code pénal par MM. Chauveau et Faustin Hélie, t. 4, chap. 28, § 4.

(2) Juvénal, satire X.

Art. 378. non la partie dont le juge aurait intérêt à faire triompher la cause.

2° L'affection peut faire suspecter le juge :

§ 1. « S'il est parent ou allié des parties ou de l'une d'elles, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement ;

§ 2. » Si la femme du juge est parente ou alliée de l'une des parties, ou si le juge est parent ou allié de la femme de l'une des parties au degré ci-dessus, lorsque la femme est vivante, ou qu'étant décédée il en existe des enfants ; si elle est décédée et qu'il n'y ait point d'enfants, le beau-père, le gendre ni les beaux-frères ne pourront être juges ; — la disposition relative à la femme décédée s'appliquera à la femme divorcée, s'il existe des enfants du mariage dissous ;

§ 7. » Si l'une des parties est sa présomptive héritière ;

§ 8. » Si depuis le commencement du procès il a bu ou mangé avec l'une ou l'autre des parties dans leur maison. »

Le législateur a tranché par ces textes quelques difficultés qu'avait soulevées l'ancienne jurisprudence.

Ainsi la récusation peut atteindre le juge parent ou allié de l'une et l'autre des parties en cause (1), lors même que cette parenté commune serait à un égal degré (2). La loi, attachant à la parenté ou à l'alliance une présomption d'affection, n'a pas dû supposer qu'elle serait la même pour l'une et l'autre des parties; l'affection a ses degrés comme la haine; l'indifférence n'en a pas. Art. 378.

Remarquez aussi que la loi ne restreint pas le droit de récusation, et que le juge parent ou allié de l'une des parties seulement, peut être récusé par celle-ci. C'est que la cause de récusation basée sur la parenté ou l'alliance est ordinairement notoire, et l'on pourrait craindre que, par un de ces retours ordinaires de l'esprit humain, le juge, pour échapper au reproche de partialité, n'affectât contre son parent ou allié une rigueur exagérée. La même crainte ne peut se présenter lorsque la parenté est considérée comme cause d'un renvoi; alors c'est la partie non parente ou alliée qui seule peut le réclamer; dans ce cas les influences de l'affection sont seules à redouter, puisque le juge, ne participant pas au juge-

(1) Ordonnance de 1667, tit. 24, art. 1.

(2) *Ibid.*, art. 3.

Art. 378. ment, n'a pas à lutter contre les scrupules d'une conscience timorée.

La parenté seulement naturelle ou seulement civile produira d'ailleurs les mêmes effets en matière de récusation qu'en matière d'enquête ou de renvoi (1).

Mais remarquez que l'alliance doit, en matière de récusation, s'entendre d'une manière bien plus large que lorsqu'il s'agit d'un renvoi. Ce n'est pas seulement l'alliance qui unit le juge à l'une des parties en cause qui peut motiver la récusation. C'est que, lorsqu'elles motivent un renvoi, l'alliance ou la parenté ne sont suspectes que parce qu'elles peuvent donner aux intérêts de l'une des parties un secours *indirect;* au contraire, la voix du juge exerce sur la sentence une influence directe, et par cela même bien plus dangereuse. Aussi la loi permet-elle de récuser jusqu'au degré ci-dessus, non-seulement le juge personnellement allié, mais encore le juge dont *la femme* est alliée de l'une des parties, et le juge allié *de la femme* de l'une des parties (2),

(1) V. *suprà*, p. 420.

(2) Il y aurait même motif de récusation ; si le juge était allié du *mari* de l'une des parties ; la loi a prévu le cas le plus ordinaire, c'est-à-dire l'exercice direct de l'action de la part du mari.

pourvu toutefois que le mariage subsiste encore, ou qu'étant brisé soit par la mort de la femme, soit par le divorce (1), il en existe des enfants. Si le mariage était dissous, et *qu'il n'en existât pas d'enfants*, il faudrait distinguer entre la dissolution par la mort et la dissolution opérée par le divorce. — Dans le premier cas, le beau-père, le gendre et les beaux-frères de la femme décédée pourraient encore être récusés (2); — dans le second cas, toute cause de récusation fondée sur l'alliance disparaîtrait. Art. 378.

Je crois qu'il faudrait assimiler au cas de divorce celui d'un mariage annulé; lorsqu'il en existe des enfants et que la femme était de bonne foi. L'alliance de la femme avec l'une des parties serait encore dans ce cas une cause de récusation.

Dans toutes ces hypothèses, il n'y a pas véritablement alliance entre le juge et la partie; seulement ils ont des alliés communs : *affinitas affinitatem non parit*. Mais ce lien imparfait peut encore avoir une certaine influence qui ne serait pas exempte de dangers.

Un point important à signaler, c'est que le législateur a gardé le silence sur le juge époux

(1) On sait que la loi du 8 mai 1816 abolit le divorce.

(2) Ordonnance de 1667, tit. 24, art. 4.

Art. 378. de l'une des parties; loin d'en conclure qu'il puisse juger dans les procès où sa femme est en cause, il faut en tirer la conséquence que cette qualité n'est pas seulement un motif de récusation, mais une cause d'incapacité. On appliquera par analogie la disposition de l'article 268, qui ne permet pas d'entendre comme témoin le conjoint *même divorcé* de l'une des parties. Si l'affection ne survit pas au lien brisé par le divorce, l'honnêteté publique crée au moins une incompatibilité tout aussi forte.

379. S'il est juste qu'un magistrat ne puisse juger lorsqu'il est parent ou allié d'une partie, il serait trop rigoureux d'étendre cette prohibition au cas où le parent et l'allié n'agiraient qu'en qualité de tuteur, de curateur ou d'administrateur de la chose d'autrui, sans avoir d'intérêt distinct ou personnel. Il ne faudrait prendre alors en considération que le lien qui unit le juge et le pupille, ou le juge et le plaideur dont les intérêts directs et personnels se débattent dans le procès. Le code a consacré sur ce point l'ancienne jurisprudence et l'opinion du chancelier d'Aguesseau (1).

(1) Lettre 314 du 29 avril 1736. — V. *suprà*, p. 419.

L'affection ou la familiarité se manifestent encore par des circonstances de fait : Art. 378.

Lorsque l'une des parties est héritière présomptive du juge, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une institution contractuelle ; car un sentiment de bienveillance attache l'homme à celui qui doit un jour continuer sa personne ; aussi le texte n'a-t-il pas fait résulter la même cause de récusation de la circonstance que l'une des parties serait simplement *donataire* du juge. Le donataire n'est qu'un ayant cause à titre particulier.

Ou si le juge a, *depuis le procès commencé*, bu ou mangé avec *l'une ou l'autre des parties dans leur maison* (1). L'ancienne jurisprudence se montrait plus rigoureuse encore; car, bien que les ordonnances ne concernassent que les parties plaidantes, le parlement de Toulouse décida, en l'an 1594, qu'il y avait cause de récusation « contre aucuns des présidents et conseillers, fondée sur ce qu'ils avoient assisté, en un des jours du caresme-prenant *précédent*, à un festin et banquet solemnel qu'avoit faict *un frère* de celuy, la cause duquel se devoit traicter et décider (2). » Cette dernière cause de récusation

(1) Ordonn. de Philippe VI du 11 mars 1344, art. 13 ; de Charles VII, 1446, art. 6.

(2) Maynard, liv. 1, ch. 78.

Art. 378. est purement relative, c'est-à-dire que la partie qui pourrait craindre la partialité du juge à raison de ses rapports avec l'autre partie, aura seule le droit de récuser. Permettre à un plaideur de se prévaloir des rapports accidentels de familiarité qui l'unissent au juge pour s'en faire à lui-même un motif de récusation, ce serait lui fournir les moyens d'écarter un juge impartial en le faisant tomber dans un piége.

3° La haine peut entraîner le juge à l'oubli de ses devoirs :

§ 9. « S'il y a inimitié capitale entre lui et l'une des parties; s'il y a eu de sa part agression, injures ou menaces verbalement ou par écrit, depuis l'instance ou dans les six mois précédant la récusation proposée;

§ 5. » Si, dans les cinq ans qui ont précédé la récusation, il y a eu procès criminel entre le juge, sa femme, ses parents ou alliés en ligne directe et l'une des parties, ou son conjoint, ou ses parents ou alliés dans la même ligne;

§ 6. » S'il y a procès civil entre le juge, sa femme, leurs ascendants et descendants ou alliés dans la même ligne, et l'une des parties, et que ce procès, s'il a été intenté par la partie,

l'ait été avant l'instance dans laquelle la récusation est proposée; ou si, ce procès étant terminé, il ne l'a été que dans les six mois précédant la récusation. » Art. 378.

La loi ne pouvait définir ce que l'on doit entendre par *inimitié capitale* (1). Lors de la discussion au conseil d'Etat, on remarqua que cette disposition serait *purement discrétionnaire* (2). Le législateur n'a-t-il pas en effet abandonné son système? Partout ailleurs il définit les causes extérieures et pour ainsi dire matérielles, sans se préoccuper de la réalité de leur influence sur la conscience du juge. Ce sont des présomptions légales qu'il établit, sans que, pour apprécier la récusation demandée, il soit permis de rechercher si l'impartialité du juge est ou non restée entière. Ici au contraire, le législateur se préoccupe uniquement des effets, sans en déterminer la cause; aux présomptions légales il substitue les présomptions du juge; à l'inflexibilité du principe, l'arbitraire d'une appréciation; à l'application du texte, la périlleuse interprétation du cœur humain.

(1) Ordonnance de 1667, tit. 24, art. 8.

(2) Locré, Esprit du Code de procédure, t. 2, p. 51.

Art. 378. « L'inimitié capitale, dit Rodier, est une inimitié décidée, connue, manifestée, occasionnée par l'homicide de quelqu'un de nos proches, par des querelles, des affaires d'honneur ou d'un gros intérêt, dont le ressentiment porterait à saisir les occasions d'attenter à la vie, à l'honneur ou aux avantages temporels de son ennemi (1). » *Inimicus capitalis, gravissimus, non levis; putà, si quis palam tibi maledixerit, infaustas voces adversus te jactaverit, statûs controversiam moverit, vel omnium bonorum vel majoris partis; si inimicis tuis amicitiam suam copulavit* (2). — Il ne suffirait pas d'alléguer vaguement une inimitié capitale; il faut en exprimer la cause et articuler les faits. Lors des conférences sur l'ordonnance de 1667, le premier président observa qu'on devrait prendre en considération le climat et le tempérament, et à plus forte raison les autres circonstances de fait; mais le meilleur juge en semblable cas est celui même qu'on récuse, et qui doit interroger les mouvements de son âme en se rappelant cette parole de saint Ambroise : *Judicet ille qui nullo odio, nullâ offensione, nullâ lenitate ducatur.*

(1) Sur l'ordonnance de 1667, tit. 24, art. 8, quest. 1.

(2) Godefroi, sur la loi 5 ff. *de testibus.*

Une simple agression, des injures ou menaces verbales ou écrites suffiraient, pourvu qu'elles eussent eu lieu dans les six mois précédant la récusation proposée (1). Le ressentiment d'une injure s'efface avec le temps; une haine capitale y puise de nouvelles forces et se transmet d'une génération à l'autre, triste héritage des familles. Art. 378.

L'agression, les injures ou les menaces ne sont une cause de récusation que lorsqu'elles ont eu lieu *de la part du juge.* Le plaideur ne peut trouver dans son propre délit les moyens d'écarter un juge dont l'intégrité lui serait redoutable. Le juge, en remettant l'injure, montre qu'il ne se sent pas blessé, et s'il n'en poursuit pas la réparation, il conserve l'impartialité de son caractère.

C'est encore une inimitié présumée qui rend le juge récusable, lorsque dans les cinq ans qui précèdent la récusation, lui, sa femme, leurs parents ou alliés en ligne directe ont eu un procès *criminel* contre l'une des parties, son conjoint, ses parents ou alliés dans la même ligne (2).

(1) Ordonnance de 1667, tit. 24, art. 8.

(2) Ce motif de récusation n'était pas spécialement

Art. 378. L'inimitié résultant d'un procès criminel est plus grave que celle qui naît du ressentiment d'une injure ou d'une menace; aussi la loi fixe-t-elle un délai plus long à la durée présumée d'une passion plus vive; et tandis que la loi ne se préoccupe que d'une agression, d'une injure ou d'une menace émanées *personnellement* du juge, elle considère comme une cause de récusation un procès criminel entre les parents ou les alliés du juge et ceux de la partie, du moins en ligne directe.

Il résulte de la discussion du conseil d'Etat que ces mots *procès criminel* ne doivent pas s'entendre *stricto sensu*, c'est-à-dire qu'un procès correctionnel serait un motif de récusation (1); mais il serait difficile d'étendre cette disposition au cas où le procès n'aurait eu pour objet qu'une contravention de nature à être jugée par les tribunaux de simple police.

Si le procès criminel avait assez de gravité pour faire naître une inimitié capitale entre le juge et la partie, la cause de récusation ne serait couverte par l'expiration d'aucun délai;

prévu par l'ordonnance, mais il était admis par la jurisprudence.

(1) Locré, Esprit du Code de procédure, t. 2, p. 49.

il n'y aurait à apprécier que l'existence actuelle et la vivacité des haines. Art. 378.

Une contestation purement civile entre le juge et l'une des parties peut engendrer aussi des animosités dangereuses (1), mais non pas au même degré qu'un procès criminel. La loi établit entre ces deux cas des différences notables. Il faut, pour qu'il y ait lieu à récusation, que le procès civil existe entre le juge, sa femme, leurs ascendants ou alliés dans la même ligne, et l'*une des parties*. Un procès avec les parents ou alliés de la partie ne serait donc pas dans ce cas un motif suffisant. D'un autre côté, si le procès se trouvait terminé depuis plus de six mois au moment où survient la récusation, elle ne devrait pas être accueillie. Enfin il y avait des précautions à prendre pour empêcher que le plaideur ne trouvât un moyen facile de récuser le juge en formant contre lui, pour échapper à sa justice, une demande dérisoire. Aussi la loi présume-t-elle que le procès civil intenté *par la partie* depuis l'instance dans laquelle la récusation est proposée, n'a d'autre objet que de se créer

(1) Cette cause de récusation, admise par la jurisprudence, n'était pas prévue par l'ordonnance.

Art. 378. une cause de récusation. Elle devrait alors être repoussée ; il en serait autrement si le procès avait été dirigé *par le juge, ses parents ou ses alliés*, contre la partie qui plaide devant lui.

Ces prévisions étaient inutiles dans l'hypothèse d'un procès criminel ; les dommages-intérêts auxquels s'exposerait le plaideur sont une barrière suffisante pour arrêter ses téméraires combinaisons : d'ailleurs une attaque de cette nature, quel que fût son but caché, jetterait dans le cœur du juge un levain de ressentiment qui ne lui laisserait pas une impartialité entière.

Les causes de récusation fondées sur la haine ou l'animosité ne peuvent être invoquées que par celui qui aurait à craindre qu'elles n'élevassent contre lui une dangereuse prévention.

4° L'amour-propre du juge se trouve engagé :

§ 8. « S'il a donné conseil, plaidé ou écrit sur le différend ; s'il en a précédemment connu comme juge ou comme arbitre ; s'il a sollicité, recommandé ou fourni aux frais du procès ; s'il a déposé comme témoin. »

« Les jurés en nul plait ne doivent estre

avocas ce est avantparlier et juges, et seluy qui le fereit, si deit estre ostes de la compaignie des autres jurés et a perdu respons de cort. Car la lei coumande et desfent : *Ut in unâ eâdemque causâ nullus esse debeat advocatus et judex* (1). » Art. 378.

Telle était la disposition de l'Assise des bourgeois, ou de la *baisse court*, en parlant de ces jurés qui, chargés de servir de conseils aux parties et de juger les procès, ne devaient jamais cumuler cette double fonction dans une même affaire. — On la trouverait reproduite par les ordonnances (2). Le juge, en s'identifiant avec la cause qu'il protége de sa parole ou de sa plume, aliène la liberté de son jugement et devient récusable. Toutefois il ne faut pas exagérer l'application du principe. C'est le juge qui a écrit sur *le différend actuel* que la loi permet de récuser. Que les doctrines du juge se soient déjà manifestées sur une question identique, son impartialité n'en sera pas moins entière. La magistrature s'est de tout temps honorée en

(1) Assises de la baisse court, VIII.

(2) V. ordonnance de 1535, chap. 12, art. 16; et de 1667, titre 24, art. 6. — V. aussi Beaumanoir, chap. 66.

ART. 378. consacrant ses veilles à l'œuvre de la science; une opinion théorique consignée dans un livre n'est qu'un effort tenté pour dégager la vérité des ombres qui l'entourent. Le but que se propose le jurisconsulte est trop noble pour compromettre l'indépendance du magistrat.

On comprend que si le juge avait déjà connu du procès en qualité de juge ou d'arbitre, il pourrait être considéré comme lié par la décision qu'il a précédemment rendue. Cette cause de récusation s'appliquera lorsque parmi les juges d'appel se trouverait un de ceux qui ont statué en première instance, ou lorsque le tribunal auquel le procès aurait été renvoyé après cassation compterait parmi ses membres un des juges qui ont concouru à la décision cassée. La disposition de l'article 472 du code n'est qu'une application de ce principe.

Mais le juge peut connaître de la tierce opposition ou de la requête civile (1) dirigées contre le jugement auquel il a pris part. La tierce opposition met en jeu des intérêts nouveaux sur lesquels le juge n'a pas prononcé,

(1) Le code de procédure, par son article 490, abroge la disposition de l'article 2 du décret du 18 février 1791, qui défendait de porter la requête civile devant le tribunal qui avait rendu le jugement attaqué.

parce qu'ils ne lui avaient pas encore été soumis. Quant à la rétractation du jugement demandée par voie de requête civile, la nature des moyens sur lesquels elle se fonde ne peut impliquer l'amour-propre du juge, car ces moyens supposent que le juge *a été trompé*, mais non pas qu'il *se soit trompé*. Art. 378.

A plus forte raison le juge qui a prononcé le jugement par défaut peut-il statuer sur l'opposition, puisqu'elle n'est qu'une continuation de l'instance ; et le juge qui a pris part au jugement interlocutoire, concourir par le même motif au jugement définitif. De même il pourra connaître du fond après avoir statué sur un déclinatoire ; car l'exception soulève une question distincte de la contestation au fond. On devrait même appliquer cette solution dans le cas où, le juge s'étant déclaré incompétent, sa décision aurait été réformée. Rien ne s'opposerait à ce qu'il connût du fond, soit que l'affaire eût été renvoyée devant son tribunal, soit qu'elle l'eût été à un autre tribunal dans lequel le juge exercerait actuellement ses fonctions (1).

Sous l'empire de l'ordonnance, le juge était

(1) Arrêt de cassation du 2 février 1809.

Art. 378. récusable non-seulement lorsqu'il avait connu judiciairement du procès, mais encore dans le cas où *il avait ouvert son avis, hors la visitation et jugement* (1). Maynard rapporte que de son temps il y avait au parlement de Toulouse un conseiller qui, pour déterminer les plaideurs à se concilier, ne manquait jamais de dire à l'un qu'il n'avait pas bonne cause, à l'autre qu'il perdrait son procès, et ordinairement à tous les deux qu'ils n'étaient que *des brouilleurs et chicaneurs*; comme cette habitude était connue de la cour, on admettait toujours la récusation proposée contre lui sur ce motif, sans même prendre la peine de vérifier le fait (2). Une opinion manifestée extrajudiciairement, lorsque d'ailleurs le juge n'agirait pas en qualité de conseil de l'une des parties, ne serait pas aujourd'hui une cause de récusation. La section du tribunat avait proposé de reproduire sur ce point le texte de l'ordonnance. Cet amendement à l'article 378 ne fut pas accueilli (3). Une opinion légèrement exprimée, et souvent sur des notions incomplètes, ne peut enchaîner la liberté du magistrat.

(1) Ordonnance de 1667, tit. 24, art. 6.

(2) Maynard, liv. 1, ch. 94.

(3) Locré, Esprit du Code de procédure, t. 2, p. 52.

Le juge qui a sollicité, recommandé ou fourni aux frais du procès, ou qui a déposé comme témoin, a, par de semblables actes, engagé son amour-propre au succès de la cause (1). Art. 578.

Autrefois les sollicitations étaient une partie importante de l'instruction d'un procès. La plupart des affaires étant soumises à l'instruction par écrit, il était passé dans les mœurs judiciaires de donner au plaideur la satisfaction de communiquer avec le rapporteur pour lui expliquer son affaire. Dans les affaires appointées, les parties n'étant pas admises à discuter à l'audience, on y suppléait par ces démarches occultes. C'est ce que l'on appelait solliciter. Beaumarchais, détenu au Fort-l'Évêque sur une lettre de cachet, sollicitait son procès contre le comte de la Blache, et visitait ses juges en vertu d'une permission du ministre et sous la garde d'un recors.

Il était permis aux juges de solliciter, *si bon leur semblait*, leurs procès personnels et ceux de leurs proches ou de leurs pupilles (2). Il leur était seulement défendu de les solliciter

(1) Ordonnance de 1667, tit. 24, art. 6.
(2) *Ibid.* art. 13.

ART. 378. *dans les lieux de la séance*, de l'entrée desquels il leur était enjoint de s'abstenir pendant la plaidoirie et le jugement du procès. — Ils ne pouvaient solliciter pour aucunes autres personnes, *sous peine d'être privés de l'entrée de la cour, juridictions ou justices et de leurs gages pour un an* (1). Dans tous les cas, ces sollicitations ou recommandations les rendaient récusables. Le texte du code, emprunté à l'ordonnance, est comme un souvenir de vieux usages aujourd'hui tombés en discrédit.

En fournissant aux frais du procès, le juge se transforme en protecteur de la cause à laquelle il vient en aide. — Le juge qui a déposé comme témoin dans le cours du procès s'est trouvé mêlé dans la lutte et y a pris une part indirecte. Ce contact avec les parties est incompatible avec la mission du magistrat. « Quant à estre tesmoing et puis juge, dit le lieutenant criminel Ayrault, il ne seroit pas si estrange, si tous juges estoient Catons : c'est-à-dire qu'on se sequestrast tellement que venant à juger on n'y apportast rien de préjugé. Mais parce que tels juges sont rares, l'opinion la plus seure est que nul doyve estre juge ne

(1) Ordonn. de 1667, tit. 24, art. 14.

magistrat en la cause où il a esté ouy comme tesmoing (1). » Art. 378.

Mais si la partie n'avait assigné le juge à déposer comme témoin que dans le but de se procurer contre lui un moyen de récusation, nul doute que la récusation ne dût être rejetée. Ce n'est pas la comparution du juge à l'enquête qui le rend récusable, c'est la qualité de *témoin*. Cette qualité lui manque lorsqu'il n'a connaissance d'aucun fait relatif au procès. La disposition de la loi deviendrait un instrument de fraude, si elle n'était appliquée avec discernement.

Il ne reste plus sur ce point qu'à examiner si les causes de récusation fondées sur les engagements de l'amour-propre peuvent être indistinctement invoquées par l'une et l'autre des parties. Il faut distinguer : lorsque le fait qui rend le juge suspect manifesterait en même temps sa partialité pour l'une des parties, c'est à l'autre qu'appartient exclusivement le droit de récusation. Lorsqu'au contraire le fait du juge n'est pas un acte spontané de sa part, mais l'accomplissement d'un devoir, le droit de ré-

(1) L'ordre, formalité et instruction judiciaire, liv. 2, part. 3, nº 26.

cusation appartient à l'une et à l'autre des parties.

En appliquant cette règle, on décidera que le juge qui a donné conseil, plaidé ou écrit sur le différend, qui a sollicité ou recommandé la cause, qui a fourni aux frais du procès, n'est récusable que de la part du plaideur, au préjudice duquel ces faits ou ces démarches auraient eu lieu;—tandis que le juge qui a connu précédemment du procès, ou qui a déposé comme témoin, peut être récusé par l'une et l'autre des parties.

J'ai énuméré les causes diverses de récusation : si on les compare à celles qui donnent lieu aux reproches de témoins, on remarquera que les causes de récusation sont plus multipliées. C'est que l'impartialité du juge est plus importante encore que celle du témoin; et d'ailleurs, comme l'observent les anciens auteurs, il ne faut pas des causes aussi fortes pour récuser l'un que pour reprocher l'autre, parce qu'il est plus aisé de remplacer un juge que de trouver d'autres témoins qui soient en état de déposer de faits afférents et à eux connus.

Les causes de récusation s'appliquent à

toutes les personnes qui exercent le ministère de juge. *Tout juge*, dit la loi, peut être récusé ; c'est-à-dire que la disposition est générale, qu'elle s'applique aux juges suppléants, aux avocats, aux avoués, aux notables appelés à remplacer les juges ou à départager le tribunal; aux juges en matière criminelle comme en matière administrative; aux arbitres volontaires ou forcés (1). — Quant aux juges de paix, la loi leur a consacré des dispositions spéciales. Les affaires qui leur sont soumises n'ont pas une bien grande importance; ils sont plus difficiles à remplacer que les juges ordinaires; les causes de récusation sont donc plus restreintes ; l'examen des questions que soulève leur juridiction se présentera naturellement sous le titre des *justices de paix*. Art. 378.

Cependant une grave difficulté, relative à la récusation des juges de paix, vient se rattacher à la procédure suivie devant les tribunaux ordinaires. Il peut arriver qu'un juge de paix soit commis par un tribunal civil pour pro-

(1) Observez toutefois que, lorsque les arbitres sont choisis par les parties, ils ne peuvent être récusés que pour des motifs survenus ou découverts depuis le compromis.

Art. 378. céder à une opération, par exemple à une enquête. L'article 1035 du code de procédure autorise cette délégation. Ne faudra-t-il appliquer au juge de paix délégué que les causes de récusation prévues par l'article 44 du code de procédure, ou bien pourra-t-il être récusé pour toutes les causes exprimées en l'art. 378?

Pour résoudre cette difficulté, il faut se rendre compte du caractère de la mission qu'il est appelé à remplir. Ses pouvoirs ont alors une double origine. C'est la qualité de juge de paix qui légitime la délégation dont il est investi; mais c'est la délégation qui agrandit la mesure de ses pouvoirs. Comme juge de paix, il exerce une juridiction propre et personnelle; juge délégué, il exerce une juridiction transmise; et comme auxiliaire d'une justice plus élevée, il se trouve, pour l'exécution du mandat qu'il a reçu, au lieu et place du délégant.

C'est ainsi qu'il devra, dans l'accomplissement de sa mission, se soumettre aux formalités tracées par la loi et imposées aux juges ordinaires pour la procédure qu'il est accidentellement chargé de mener à fin; peu importe que la loi ait tracé d'autres règles pour le cas où il agit en vertu de sa juridiction

personnelle. La délégation ne peut le dispenser des formalités que le délégant n'eût pu lui-même, en agissant directement, se dispenser d'accomplir. Art. 378.

C'est en considérant le juge de paix comme ayant alors à remplir les fonctions du juge qui l'a délégué, que nous reconnaîtrons en lui une véritable transformation qui affecte à la fois ses pouvoirs et son caractère de juge : on ne peut plus lui appliquer les règles particulières de récusation qui n'ont été édictées qu'en vue de sa juridiction normale; et les principes généraux de l'article 378 sont les seuls qui puissent alors être invoqués. — Aussi bien le motif qui restreint les causes de récusation, lorsque s'exerce la juridiction des juges de paix, disparaît-il dans ce cas; loin d'être alors limitée à des causes d'une importance secondaire, leur juridiction déléguée s'exerce dans des matières attribuées aux juges ordinaires, et les intérêts qui leur sont commis exigent par cela même des garanties équivalentes à celles que la loi accorde lorsque le juge ordinaire préside lui-même à l'instruction (1).

(1) V. un arrêt de la cour de Nîmes du 18 février 1812.

Art. 381. Jusqu'ici il n'a été question que du magistrat ou de toute autre personne remplissant les fonctions de juge. Les mêmes causes de récusation sont applicables au ministère public lorsqu'il est partie jointe; il n'est jamais récusable lorsqu'il est partie principale.

S'il est partie jointe, on doit attendre de lui la même indépendance que s'il était appelé à juger; étranger aux intérêts des parties, son impartialité est celle de la loi, qui protége le droit sans se préoccuper des personnes.

Partie principale, le ministère public est demandeur ou défendeur au procès. Ce n'est plus seulement pour les intérêts de la loi générale qu'alors il se passionne; protecteur d'un intérêt privé, peut-on lui faire un reproche d'embrasser avec chaleur la défense dont il est chargé? Placé en face d'un adversaire, l'impartialité ne serait plus que de l'indifférence, et son rôle obligé de contradicteur lui imposera presque toujours, à son insu, les opiniâtres illusions du plaideur. — Son zèle, quelle qu'en soit la cause, ne peut donc être un motif de récusation, car le ministère public ne fait alors que le *dû de sa charge* (1).

(1) D'Aguesseau, lettre 5, du 5 mai 1751.

Le juge ne doit pas attendre sur son siége que la récusation vienne le forcer à en descendre. Son devoir, au contraire, lorsqu'il sait cause de récusation en sa personne, est de la déclarer à la chambre, qui décide s'il doit s'abstenir. Cette dernière disposition a pour but d'empêcher que le juge ne se dispense arbitrairement de l'exercice de ses fonctions : il n'est pas d'ailleurs nécessaire de constater par un jugement les causes de l'abstention et leur admission par le tribunal; il suffit d'en faire mention dans le jugement définitif, afin de justifier la présence des magistrats appelés pour compléter le tribunal ou la cour. Par conséquent la décision du tribunal qui admet les motifs d'abstention n'est qu'un acte de discipline intérieure; elle ne doit être ni prononcée publiquement, ni signifiée aux parties intéressées, parce qu'elle n'a pas le caractère d'un jugement; elle n'est donc susceptible ni d'opposition ni d'appel (1). Art. 380.

La conscience du juge a ses mystérieuses anxiétés auxquelles il serait dangereux de faire violence. Si les causes de récusation sont limi-

(1) Arrêt de cassation du 13 octobre 1829.

Art. 380. tées par la loi, c'est seulement en ce sens que le plaideur peut dans les seuls cas déterminés forcer le juge à rester étranger au procès, et que le juge dans les mêmes cas est *tenu* de s'abstenir; mais il ne faut pas en conclure que la *faculté* de s'abstenir ne puisse s'étendre à d'autres hypothèses : « Existe-t-il, a dit un savant magistrat, une telle identité entre la récusation et l'abstention, que cette dernière mesure ne puisse être employée que dans le cas où la première serait autorisée par la loi? Toutes les règles établies pour la première doivent-elles s'appliquer à la deuxième? De ce qu'il n'y aurait pas eu lieu à récusation, doit-on conclure que l'abstention a été illégale et constitue une violation de la loi? Les magistrats sont *obligés* de s'abstenir dans les cas où ils pourraient être récusés. Mais n'ont-ils le droit de s'abstenir que dans ces cas? ne sont-ils pas juges des faits et des circonstances qui motivent leur retraite, lorsqu'ils ont un scrupule légitime qui leur fait craindre de ne pas remplir leurs fonctions avec toute l'impartialité qu'elles exigent, lorsqu'ils redoutent l'effet des impressions qu'ils ont reçues à une époque antérieure au jugement d'une contestation portée devant eux? Sont-ils obligés de violenter leur conscience et de rester

juges malgré leurs honorables scrupules (1)? » A ces questions, il n'y a pas une conscience qui ne réponde que l'appréciation du juge et l'approbation de ses collègues ne peuvent être enchaînées par le texte de la loi. Il n'existe d'ailleurs aucun motif d'assimilation entre le droit de récuser et la faculté de s'abstenir. La récusation s'attaque au caractère du juge, et devait être restreinte, parce qu'elle peut devenir un instrument de scandale; l'abstention toute volontaire n'est qu'un surcroît de garantie, un acte inoffensif qui, en conservant au juge la dignité de son caractère, laisse entiers les droits des plaideurs. Art. 380.

La disposition qui impose au juge l'obligation de s'abstenir n'a pas de sanction pénale, même lorsqu'il existe en lui une cause de récusation prévue par la loi(2). De sorte que s'il n'a pas été récusé, et s'il n'a pas jugé à propos de s'abstenir, le silence des parties l'absout de

(1) Rapport de M. le conseiller Tripier, sur lequel est intervenu un arrêt de la cour de cassation du 2 juin 1832.

(2) L'ordonnance de 1579, art. 118, portait dans ce cas contre le juge la peine de la privation de son état, et le déclarait incapable de tenir jamais office de judicature. L'ordonnance de 1667 ne reproduit pas cette pénalité; v. t. 24, art. 17.

Art. 380. tout soupçon de partialité, et son concours au jugement rendu ne peut être considéré comme une cause de nullité. C'est un hommage rendu à son indépendance ; en récusant un juge dont l'intégrité est à l'abri de tout soupçon, le plaideur pourrait craindre de rendre sa cause suspecte aux yeux des autres. L'austérité de Caton tenait les accusés en une telle perplexité, qu'ils n'osaient ni le récuser, ni consentir qu'il demeurât juge ; et plusieurs furent condamnés parce qu'en le récusant il semblait qu'ils ne se confiaient pas en leur innocence (1).

Cependant il y a certaines incompatibilités qui ne permettent pas au juge de participer au jugement, lors même que la partie aurait négligé de les faire valoir. Nul ne peut être juge et partie : le concours d'un juge directement intéressé au procès rendrait nulle la décision rendue, quoiqu'il n'eût pas été récusé (2) ; sa présence a vicié la composition du tribunal, car il y a eu violation d'un principe d'ordre public et de droit naturel. — Je considérerais comme créant une incompatibilité de la même nature la parenté, ou l'alliance en ligne directe, ou la qualité d'époux de l'une des parties. Si la loi

(1) Plutarque, Vie de Caton d'Utique.

(2) Arrêt de cassation du 14 octobre 1824.

établit en semblable cas une incapacité d'être témoin, à plus forte raison doit-on admettre une incapacité de juger; le juge alors n'est pas seulement récusable, c'est le pouvoir de juger qui lui manque. Art.

Toute partie principale ou intervenante a le droit d'exercer la récusation (1); l'exercice de ce droit est soumis à certaines formes et à l'observation de certains délais.

La récusation se fait par un acte libellé et signé de la partie ou du fondé de sa procuration authentique et spéciale, laquelle est annexée à l'acte. Le tout est déposé au greffe du tribunal qui doit juger la récusation. La loi concilie ainsi le respect dû au magistrat dont la dignité serait compromise par une récusation verbalement faite en sa présence, et l'intérêt de la partie dont la responsabilité ne doit pas être engagée par la témérité d'un simple mandataire *ad lites* (2). La récusation sera l'œuvre personnelle et réfléchie du plaideur. 384.

La récusation n'est recevable qu'autant que l'acte déposé au greffe a été fait avant les con- 382.

(1) V. *suprà*, p. 427.
(2) V. *suprà*, p. 248.

ART. clusions prises à l'audience (1), ou, si l'affaire est en rapport, avant que l'instruction ne soit achevée ou les délais expirés. Cependant la récusation ne pourrait être considérée comme tardive si les causes en étaient survenues depuis ces phases de l'instance, ou si elles n'avaient été découvertes que postérieurement; c'était la décision du droit canonique : *Si nova rejectionis causa supervenerit quæ nulla aut incomperta fuerat antè* (2).

385. Sur l'expédition de l'acte de récusation remise dans les vingt-quatre heures par le greffier au président du tribunal, ce magistrat fait son rapport à l'audience; et, le ministère public entendu, le tribunal rejette la récusation, si elle est inadmissible; ou, s'il reconnaît l'admissibilité, il ordonne la communication au juge récusé et au ministère public, en indiquant le jour auquel rapport sera fait par un juge désigné.

387. Dès lors la procédure de l'instance princi-

(1) On appliquera ici les principes et les solutions indiqués pour déterminer, en matière de renvoi, l'époque jusqu'à laquelle la demande peut être formée; v. *suprà*, p. 430. — V. L. 16, C., *de judiciis*; ordonn. de 1493, art. 64; de 1535, ch. 1, art. 87; de 1667, tit 24, art. 21.

(2) *X. Decret. Greg. de off. jud. deleg. cap.* 4.

pale est suspendue; on doit surseoir à toutes opérations et jugements jusqu'à la décision sur la récusation (1). Si cependant l'une des parties prétend qu'il y a péril dans le retard, l'incident est porté à l'audience sur un simple acte, et le tribunal peut décider qu'il sera procédé par un autre juge. ART.

Un premier jugement a déclaré la récusation admissible. Le juge récusé, auquel communication a été donnée par la voie du greffe, doit faire sa déclaration à la suite de la minute de l'acte de récusation.—S'il reconnaît les faits, ou s'ils sont déjà prouvés par écrit, le tribunal ordonne qu'il s'abstiendra;—s'il y a un simple commencement de preuve par écrit des causes de la récusation, le tribunal ordonne qu'elle soit complétée par la preuve testimoniale; en l'absence de preuve ou de commencement de preuve écrite, il est laissé à la prudence du tribunal de rejeter la récusation sur la simple déclaration du juge, ou d'ordonner la preuve 586. 588. 589.

(1) La récusation aurait le même effet suspensif, quoique les juges non récusés restassent en nombre suffisant pour statuer; autrement, comme le remarque M. Chauveau (Lois de la procéd., quest. 1405 *bis*), la récusation non jugée priverait l'adversaire du récusant de la présence d'un juge dont l'avis peut avoir de l'influence sur la décision à rendre.

Art. testimoniale. L'enquête n'est pas assujettie aux règles ordinaires, elle se fait à l'audience; aucune disposition ne prescrit de faire à l'adversaire du récusant ni signification, ni communication de la procédure; il faut donc s'en tenir à l'ancien usage consacré par l'art. 4 de l'ordonnance de 1563, qui voulait que l'enquête se fît sans aucune assignation ni communication à la partie ni au juge. La partie aurait seulement la faculté de s'y présenter (1). L'enquête terminée, il intervient un troisième jugement pour apprécier le résultat des dépositions et statuer définitivement sur le sort de la récusation (2).

Si la simple déclaration du juge suffit pour faire admettre la récusation lorsqu'il a reconnu la vérité des faits, il n'en est pas ainsi de la reconnaissance donnée par la partie adverse du récusant et de son consentement à la récusation

(1) Dans le projet de l'ordonn. de 1667, les art. 28 et 29, ayant pour objet de régler les formes de l'enquête, furent supprimés sur les observations des commissaires, pour s'en tenir aux anciens usages. Le silence de l'ordonnance de 1667 explique pourquoi les rédacteurs du code n'ont pas réglé cette partie de la procédure.

(2) Cette procédure rappelle les trois périodes de l'instance en faux incident civil; v. t. 4, p. 57.

proposée. Il ne dépend pas des parties d'exclure un juge par le concours de leurs volontés et sans autre vérification; la récusation soulève un intérêt d'ordre public qui ne peut être régi par des conventions privées. Art.

La récusation a toujours été considérée comme injurieuse pour le juge : *omninò certè grave est judicem recusare temerè* : « Celui dont la récusation aura été déclarée non admissible ou non recevable (1) sera condamné à telle amende qu'il plaira au tribunal, laquelle ne pourra être moindre de cent francs, sans préjudice, s'il y a lieu, de l'action du juge en réparation et dommages-intérêts. » Mais s'il use de ce droit que lui réserve la loi, il ne peut demeurer juge; car, en demandant des dommages et intérêts, il montre qu'il a été sensible à l'injure, et son impartialité ne serait plus entière. 390.

Les règles qui viennent d'être indiquées sont communes aux tribunaux de première in-

(1) A plus forte raison, si la récusation a été déclarée *mal fondée;* c'est ce que disait expressément l'ordonn. de 1667, en condamnant à l'amende celui dont les récusations seront déclarées impertinentes et inadmissibles, ou *qui en aura été debouté faute de preuves* (tit. 24, art. 25).

Art. stance et aux cours royales (1). Elles devront être suivies devant les tribunaux de commerce, sauf la communication au ministère public qui ne peut avoir lieu devant eux.

Il résulte des textes qui viennent d'être analysés, que le juge récusé ne doit jamais prendre part au jugement de la récusation. Le tribunal devra donc être complet sans tenir compte du récusé. Autrefois ce principe n'était pas admis d'une manière absolue; le juge récusé examinait lui-même si les causes de récusation étaient pertinentes et admissibles : « Quand les récusations proposées ou baillées par escrit, serons frivoles, et non recepvables, *le juge récusé* les pourra telles declairer et ordonner que nonobstant icelles, il passera oultre selon la forme de droict (2). » S'il les reconnaissait admissibles, la vérification s'en faisait *par-devant celui qui devait tenir le siége en son lieu* (3). L'ordonnance de 1667 changea cette jurisprudence (4). Néanmoins le juge peut concourir à la décision de la chambre sur son *abstention* volon-

(1) La procédure sur la récusation des juges de paix est spécialement réglée par le titre 9 du livre 1.

(2) Ordonn. de 1539, art. 10.

(3) *Ibid.* art. 13.

(4) Tit. 24, art. 24.

taire. Cette décision a plutôt le caractère d'un avis officieux que l'autorité de la chose jugée, et n'exige pas dès lors les formes essentielles à la validité d'un jugement. C'est *à la chambre*, telle qu'elle se trouve composée au moment de la déclaration du juge, qu'il appartient de statuer (1). Aussi, quoique l'abstention n'ait pas été admise, la partie aura-t-elle encore la faculté de proposer une récusation dont le jugement serait alors soumis aux formalités légales. ART.

Outre les dispositions relatives à la récusation des juges en général, le code en contient d'autres sur la récusation des juges commis pour faire une enquête ou toute autre opération.

La loi fixe alors, quant aux délais de la récusation, des règles particulières (2). Elle ne peut être proposée que dans les trois jours à compter du jour du jugement, s'il est contradictoire; si le jugement est par défaut, et qu'il n'y ait pas d'opposition, du jour de l'expiration de la huitaine de l'opposition; si le jugement a été rendu par défaut, et qu'il y ait eu opposition, du jour 383.

(1) Arrêt de la cour de cassation du 15 octobre 1829.

(2) V. ordonn. de 1667, tit. 21, art. 7, et tit. 24, art. 22.

Art. 383. du débouté d'opposition, même par défaut. Remarquez que, dans cette fixation du point de départ des délais, il n'y a pas à distinguer entre les jugements par défaut faute de plaider ou faute de constituer avoué. La procédure en récusation est toute spéciale, à raison de la célérité qu'elle exige.

La récusation pourrait être proposée contre le juge commis lors même qu'il aurait pris part au jugement interlocutoire qui le désigne, et que les causes auraient été déjà connues à cette époque. Le droit de récuser, qui ne pourrait plus être exercé contre le simple juge aux termes de l'art. 382 (1), revit dès que le juge se trouve investi de la qualité de commissaire, parce que cette qualité nouvelle rendrait son influence bien plus dangereuse. C'est ainsi que dans l'ancienne jurisprudence on admettait, contre un rapporteur, des récusations qui, dirigées contre un simple juge, n'auraient pas été reçues.

Doit-on admettre contre un juge-commissaire des causes de récusation qui ne seraient survenues ou n'auraient été découvertes que depuis l'expiration du délai de trois jours? Il semble, au premier aperçu, que la solution ne soit pas douteuse, et que la disposition de l'ar-

(1) V. *suprà*, p. 431.

ticle 382 soit une règle générale. Néanmoins il y a controverse sur ce point. M. Carré invoque le texte de l'ordonnance pour soutenir que la récusation, dans ce cas particulier, ne peut être admise après l'expiration du délai, même pour causes survenues postérieurement (1). M. Favard de Langlade est le seul auteur qui ait suivi l'opinion de M. Carré (2). A mes yeux il n'y a pas de question sérieuse. L'art. 22 du titre 24 de l'ordonnance, invoqué comme précédent, ne proscrivait pas les récusations tardivement proposées contre le juge commis, pourvu que la cause fût survenue depuis les délais expirés; seulement la récusation perdait alors son caractère suspensif, et n'était jugée qu'après l'opération terminée. Le seul point à examiner est donc celui-ci : le code a-t-il, comme l'ordonnance, fait cesser, pour ce cas spécial, la règle qui veut que la récusation suspende tous jugements et opérations, à partir du jour où la communication au juge récusé en a été ordonnée? Loin de là; car si l'opération est urgente et qu'il y ait péril dans le retard, le tribunal peut seulement ordonner *qu'il sera procédé par un autre juge*, sauf à juger plus tard la récu- Art. 383.

(1) Lois de la procédure, quest. 1394.

(2) Tome 4, v° récusation, p. 766.

Art. 383. sation. C'est donc une disposition diamétralement opposée au texte de l'ordonnance. D'après celle-ci, la raison d'urgence faisait passer outre, nonobstant la récusation proposée après les délais, sauf à annuler, si la récusation, quoique tardive, était ensuite accueillie; d'après le code, en cas d'urgence, on fait provisoirement droit à la récusation en commettant un autre juge; quelle que soit plus tard l'issue de la récusation, l'opération sera valable, sauf l'amende et les dommages-intérêts qui menacent le récusant téméraire.

Ce délai si bref de trois jours, s'il n'était susceptible d'augmentation, jetterait la pratique dans des impossibilités réelles. Rappelez-vous que l'acte de récusation doit en contenir les moyens, et être signé par la partie ou par un mandataire spécial; puis cherchez comment sera mise à profit cette faculté légale, lorsque les juges auront commis un juge de paix inconnu, de quelque canton éloigné, et dont les rapports d'affection ou de familiarité avec l'adversaire ne seront pas notoires à l'avance pour la partie intéressée. On ne doit pas hésiter à ajouter aux trois jours un jour par trois myriamètres calculés sur la distance entre le domicile de la partie et le tribunal au greffe

duquel doit se faire la récusation. Il en devrait être ainsi, même dans le cas où le juge-commissaire serait pris dans le sein du tribunal saisi de la contestation au fond. Art. 383.

On a vu dans quelle forme la récusation est proposée, et après quels délais elle ne serait plus recevable. Il faut examiner maintenant quel est le tribunal devant lequel ces règles de la procédure en récusation doivent être suivies.

Nulle difficulté, lorsque la récusation est dirigée contre l'un des membres du tribunal saisi de la contestation au fond, soit que la récusation l'atteigne comme simple juge, ou en sa qualité de juge commis pour une opération. C'est le tribunal auquel appartient le juge récusé qui seul est compétent pour en connaître.

Mais quel tribunal devra statuer, lorsque la récusation sera dirigée contre un juge délégué pour procéder à une opération ordonnée par un tribunal auquel il est étranger?

La délégation d'un juge-commissaire peut se faire suivant deux modes distincts. — Les juges qui ont ordonné l'opération peuvent com-

Art. 383. mettre directement un juge appartenant à un autre tribunal, ou même un juge de paix ; — ils peuvent aussi autoriser un autre tribunal à nommer lui-même soit un de ses membres, soit un juge de paix, pour procéder aux opérations ordonnées.

Rodier posait sur ce point un principe qui sert à résoudre la question, sous quelque aspect qu'elle se présente : « La récusation d'un commissaire délégué doit être jugée par les juges délégants, et celle d'un juge par les autres officiers du siége (1). »

Lorsque le tribunal en ordonnant une opération délègue directement un juge appartenant à un autre tribunal, ou un juge de paix, c'est donc devant lui, comme tribunal délégant, que doit être portée la récusation. — Si, au contraire, il autorise un autre tribunal à désigner un de ses membres ou un juge de paix pour procéder à l'opération, le tribunal délégant est celui qui choisit le commissaire, et qui par conséquent doit connaître de la récusation dirigée contre celui-ci.

C'est la même règle qui justifie la solution dans les deux hypothèses. C'est au délégant qu'il appartient de vérifier l'incapacité du dé-

(1) Sur l'ordonn. de 1667, tit. 22, art. 10, quest. 1.

légué; c'est à celui qui a conféré les pouvoirs de les révoquer en substituant au juge récusable un autre commissaire. Art. 383.

Une cour royale a-t-elle commis un juge de paix, c'est la cour qui doit connaître de la récusation, et non le tribunal dans le ressort duquel la justice de paix est située. Le mandat judiciaire ne peut être détruit que par les juges qui l'ont conféré.

Ces principes rallieraient toutes les opinions, si l'on ne s'était préoccupé, dans l'examen de la question, des difficultés pratiques qui peuvent naître de l'application. — Si, par exemple, la récusation doit être faite au greffe du tribunal délégant, comment se conformer à la disposition de l'article 386, qui veut que le juge récusé fasse sa déclaration au greffe à la suite de la minute de l'acte de récusation? Il faudra donc que le juge commis se transporte au greffe d'un tribunal autre que celui dont il est membre, ou dans le ressort duquel il exerce ses fonctions. — Et si une cour royale commet un juge inférieur et que la récusation soit jugée par la cour, où se portera l'appel que l'article 391 autorise?

Il est inutile de se préoccuper de cette der-

Art. 383. nière objection soulevée par M. Carré (1); évidemment le droit d'appel suppose une décision rendue par une juridiction inférieure. Mais lorsqu'une cour royale statue sur la récusation, elle rend un arrêt souverain, attaquable seulement par voie de cassation; c'est parce que le délégué se trouve au lieu et place du délégant, que la cour statuera souverainement *omisso medio*, comme elle le ferait à l'égard de l'un de ses membres.

Quant à la difficulté d'appliquer les règles ordinaires de la procédure en matière de récusation, il faut d'abord poser en principe que la règle ne doit pas céder à une difficulté d'application, mais qu'il faut au contraire plier les formes de la pratique aux exigences de la règle. Or s'il est vrai que les pouvoirs du délégué remontent au délégant et ne peuvent être révoqués que par lui, il faut, en maintenant le principe, écarter s'il est nécessaire les formalités de procédure qui ne pourraient se combiner avec son maintien.

M. Thomine-Desmazures résout la difficulté en posant comme principe certain qu'il n'est pas nécessaire de suivre les formalités de la

(1) Lois de la procédure, quest. 1598.

récusation contre un juge étranger au tribunal qui l'a commis, et qu'il suffit, pour le forcer à s'abstenir, de demander aux juges délégants la révocation pure et simple de la commission qu'ils ont donnée (1). Cette forme de procédure aurait le mérite incontestable de la simplicité. Mais la demande en *révocation* devrait apparemment être motivée, et ses motifs ne seraient que des causes de récusation; de sorte qu'en accueillant la demande en révocation, les juges admettraient en réalité une récusation, sans que la dignité de la justice et le caractère du magistrat eussent été protégés par aucune garantie. Il faut donc rejeter cet expédient, qui n'a d'ailleurs aucune base légale, et dont la brusquerie sommaire n'a pas d'analogie dans notre code.

Art. 383.

Il faut suivre la marche qui se rapproche le plus des formes indiquées par la loi. Et si ses prévisions s'appliquent au cas le plus ordinaire, celui où le juge récusé est membre du tribunal qui doit statuer sur la récusation, il est possible néanmoins de se diriger, en prenant la loi pour guide, à travers les difficultés d'une hypothèse qu'elle n'a pas expressément réglée.

(1) Commentaire, tom. 1, p. 598.

Art. 383. Le juge commis est-il un juge de paix, ou fait-il partie d'un tribunal autre que celui qui l'a délégué, la récusation n'en doit pas moins être proposée au greffe du tribunal qui l'a commis; car c'est ce tribunal qui doit en connaître. La communication sera donnée au juge récusé en déposant au greffe du tribunal auquel il appartient les expéditions de l'acte de récusation et du jugement qui déclare la récusation admissible.

Le juge fera sa déclaration au greffe de son propre tribunal dans le délai imparti par le jugement. L'expédition de sa déclaration sera transmise par le greffier qui l'a reçue au procureur du roi ou au greffier du tribunal qui doit statuer définitivement sur la récusation. Cette marche, qui présente l'avantage de dispenser le juge de se transporter devant un tribunal dont il ne fait pas partie, a de nombreuses analogies dans notre code (1), et présente l'avantage de concilier avec des formes usuelles et pratiques le principe que le tribunal délégant doit dans tous les cas être juge de la récusation du délégué.

(1) V. les articles 45, 46 et 47, 394 et 395 du code de procédure.

Tout jugement qui statue sur une récusation est susceptible d'appel (1), même dans les matières où les juges inférieurs ont le droit de juger en dernier ressort, ou sur lesquelles ils ont à statuer comme juges d'appel. On conçoit que, si la récusation était portée devant une cour royale, les voies extraordinaires seraient seules ouvertes contre l'arrêt. Art. 591.

Un édit du 15 mai 1669, donné pour la Belgique par le roi d'Espagne Charles II, portait en son art. 15 : « Des sentences ainsi jugées sur récusation ou suspectation, n'escherra appel, ni réformation en la manière que ce soit. » Notre ancienne jurisprudence suivait une règle contraire, et l'ordonnance de 1667 permettait, implicitement du moins, la voie de l'appel et celle de l'opposition (2). Le code n'indique pas cette dernière voie de recours, et les raisons qui m'ont déterminé à décider qu'elle ne doit pas être admise en matière de renvoi (3), me font adopter ici la même solution.

La faculté d'appeler appartient évidemment aux deux parties ; mais le juge récusé n'a que

(1) On suit d'autres principes en matière de récusation d'experts ; v. tom. 4, p. 474.

(2) Tit. 24, art. 26.

(3) V. *suprà*, p. 436.

Art. 591. des explications à donner, et ne peut être considéré comme directement intéressé. Il serait contraire à sa dignité d'agir pour revendiquer le droit de juger : si la récusation pouvait compromettre son honneur, s'il avait intérêt à poursuivre la calomnie et à la faire réprimer, il atteindrait ce but en demandant des réparations; mais alors son caractère de juge s'efface pour faire place au rôle de partie, et l'on a vu que, quel que fût alors le résultat de la récusation, il ne pouvait concourir au jugement de l'instance principale.

L'appel est suspensif; si néanmoins la partie soutient, qu'attendu l'urgence, il est nécessaire de procéder à une opération sans attendre que l'appel soit jugé, l'incident sera porté à l'audience sur un simple acte; et *le tribunal qui aura rejeté la récusation*, pourra ordonner qu'il sera procédé à l'opération par un juge autre que le récusé. On devrait à plus forte raison procéder de la même manière si la récusation *avait été admise* par les premiers juges.

592. L'appel du jugement sur la récusation se fait au greffe dans les cinq jours de la prononciation, avec motifs et dépôt de pièces à l'appui, sans qu'il soit nécessaire de le dénoncer aux

593. parties. Dans les trois jours suivants, le gref-

fier du tribunal envoie les pièces au greffier de la cour, à la requête et aux frais de l'appelant. Art.

394. Dans les trois jours qui suivent la remise entre les mains du greffier de la cour royale, celui-ci présente les pièces à la cour, laquelle indique un jour pour prononcer, et commet l'un de ses membres pour faire le rapport; le rapporteur et le ministère public entendus, la cour prononce à l'audience, en la présence ou en l'absence des parties, et sans qu'il soit nécessaire de les appeler.

395. Dans les vingt-quatre heures de la rédaction de l'arrêt, le greffier de la cour royale renverra les pièces au greffier du tribunal de première instance.

396. Afin de prévenir les lenteurs de la procédure et le préjudice qu'elles entraînent, la loi exige que, dans le mois du jugement qui aura rejeté sa récusation, l'appelant fasse signifier aux parties le jugement sur l'appel, ou un certificat du greffier de la cour royale, constatant que l'appel n'est pas jugé, et indication du jour fixé par la cour; sinon le jugement qui rejette la récusation est exécuté par provision, et ce qui est fait en conséquence est valable, encore que la récusation soit admise plus tard sur

Art. l'appel (1). Ainsi l'effet suspensif de l'appel n'est pas indéfini, et les premiers juges peuvent passer outre lorsque le récusant ne justifie pas légalement des diligences qu'il a dû faire.

Entre les règles de l'ancienne jurisprudence et celles de notre code, on trouve peu de différences si l'on ne consulte que les textes; mais les modifications, toutes légères qu'elles apparaissent, reçoivent de l'intention qui les a inspirées un haut caractère de gravité. L'ancienne jurisprudence était empreinte d'un sentiment de défiance contre le juge, sentiment qui s'explique par les abus des justices subalternes. La loi nouvelle est au contraire en défiance contre le plaideur : « Si la loi a dû prévoir un oubli momentané des devoirs du magistrat, parce qu'elle doit surveiller tout ce qui tient à la faiblesse des hommes, les exemples de pareilles erreurs sont infiniment rares ; à peine en rencontre-t-on un dans les annales des tribunaux.—Il est plus fréquent sans doute de ren-

(1) Cette dernière disposition est remarquable en ce qu'elle déroge au principe d'après lequel ce qui a été fait en vertu d'un jugement, même *exécutoire par provision*, doit être annulé en cas de réformation.

contrer des plaideurs téméraires qui cherchent à pénétrer l'opinion du magistrat, qui croient lire leur condamnation jusque dans le maintien sévère qui lui appartient, et qui, pour l'écarter du tribunal, se portent à d'odieuses inquisitions et hasardent les assertions les plus inconvenantes. Et telle est la cause de la rigueur que vous avez pu remarquer dans les dispositions de ce titre, de la rapidité de l'instruction qu'elles prescrivent : il ne faut pas que l'intégrité du magistrat reste longtemps sous le soupçon (1). » Art.

(1) Rapport du tribun Perrin au corps législatif, séance du 14 avril 1806.

# CHAPITRE XXVIII.

## DE LA PÉREMPTION.

(Liv. 2, tit. 22, art. 397-401 du code de procédure.)

Art. L'action naît du droit de créance ou du droit de propriété, et se confond avec lui : elle se manifeste judiciairement par l'instance ou la demande. L'action considérée comme sanction d'un droit a une durée limitée par les lois civiles. Tant que sa durée n'est pas accomplie, et tant que subsiste le droit auquel elle est inhérente, l'action peut, sans épuiser sa force et sa puissance, se manifester par la demande, renouveler une attaque abandonnée et menacer encore. Mais chacun de ces efforts tentés, chacune de ces manifestations du droit exercé, n'a qu'une valeur passagère, une existence fugitive, qui peuvent s'effacer alors même que le droit et l'action continuent de subsister. L'instance n'échappe à un prompt anéantissement

que par une marche incessante vers le jugement qu'elle provoque. ART.

Il faut par conséquent distinguer avec soin l'action et l'instance, le principe et l'effet ; l'action qui a ses conditions de durée, l'instance qui a ses conditions distinctes d'existence ; l'une soumise à l'empire de la prescription, l'autre aux rigueurs de la péremption.

La procédure formulaire de Rome est celle qui met le mieux cette distinction en relief. Là devait intervenir l'autorité du magistrat pour mettre en mouvement le droit générateur de l'action. Pure abstraction lorsqu'elle est seulement écrite dans la loi, l'action *formulée* par le préteur reçoit de lui l'élément vital ; et cette impulsion qu'elle a reçue permet à l'action de fonctionner et de se mouvoir pendant un temps limité par les pouvoirs du magistrat dont elle est une création. Ces instances, dont la durée était celle du pouvoir du magistrat, s'appelaient *judicia imperio continentia*, c'est-à-dire resserrées dans les bornes de l'autorité qui leur avait donné la vie, *quià tamdiù valent quamdiù is qui ea præcepit, imperium habebit* (1).

(1) Gaïus, comment. 4, § 105. — V. *ibid.*, § 103 et suiv., à quelles instances s'appliquait la qualification de *judicia imperio continentia*.

Art. Si les pouvoirs du magistrat venaient à s'évanouir avant que l'instance par lui organisée ne fût terminée par la sentence, la procédure commencée s'évanouissait elle-même; mais le droit abstrait, le droit inerte ne se trouvait pas éteint; le demandeur pouvait recourir au nouveau magistrat pour obtenir une autre formule contre la même partie et pour le même objet, car l'instance seule était anéantie, et non le droit qu'elle avait pour but de consacrer (1).

Là se trouvait donc parfaitement indiquée la ligne qui sépare le droit et sa manifestation, l'action créée par le droit et la formule donnée par le préteur, l'extinction accidentelle de l'une, tandis que l'autre survit.

Il y avait d'autres instances dans lesquelles cette distinction n'était pas aussi tranchée: c'étaient les *legitima judicia* (2). Dans la nature de ces actions s'était conservé le principe des anciennes *actions de la loi*; une fois exercées, le droit se trouvait épuisé, sans que le demandeur pût agir de nouveau pour le même objet. Le préteur eût refusé une action nouvelle, car

(1) Gaïus, comment. 4, § 106 et suiv.

(2) Les conditions exigées pour constituer le *judicium legitimum* sont indiquées dans Gaïus, comment. 4, § 105.

le droit primitif se trouvait définitivement éteint par la novation résultant de la *litiscontestatio* (1). Aussi, quant à sa durée, le *legitimum judicium* n'avait-il pas de limites ; l'instance se perpétuait jusqu'à ce que le juge donné aux parties eût prononcé sa sentence. Art.

Une modification importante fut apportée par la loi *Julia judiciaria* aux principes relatifs à la durée des *judicia legitima*. Cette loi assigna pour terme à l'instance un délai de dix-huit mois. Ce délai passé sans qu'elle eût été jugée, l'instance expirait de plein droit (2); mais, à la différence des *judicia imperio continentia*, elle ne pouvait pas être renouvelée (3), lors même que le droit d'agir, avant d'être exercé par le recours au préteur, eût été de sa nature perpétuel.

Dans ce dernier état de la procédure formulaire, l'action une fois exercée se trouvait, suivant sa qualité particulière, soumise à une pé-

(1) Gaïus, comment. 3, § 180.

(2) Gaïus, comment. 4, § 104.

(3) Toutefois, les actions *in rem* et les actions *in factum* ne s'éteignaient pas de plein droit, même lorsque l'on se trouvait dans les conditions du *judicium legitimum*. On peut en voir le motif dans les Instituts de M. Ortolan, p. 1098.

ART. remption qui, tantôt résultant d'un événement étranger aux parties, c'est-à-dire la cessation des pouvoirs du magistrat, leur permettait de recommencer l'instance; et qui, tantôt résultant d'un fait qui leur était personnel, c'est-à-dire le fait d'avoir laissé expirer le temps fixé par la loi, entraînait avec elle l'anéantissement du droit lui-même.

Lorsque le système formulaire eut disparu, le principe que l'instance périssait par l'expiration d'un délai limité s'effaça complétement. Tous les *judicia* étaient devenus *imperio continentia*; mais les magistrats, au lieu d'être nommés pour une année, furent institués à vie, de sorte que la durée de leur autorité ne pouvait plus être considérée comme la limite de la durée de l'instance. La litiscontestation, au lieu d'imposer la nécessité de faire juger l'instance dans un certain délai, perpétuait l'action, et permettait aux parties de la laisser pendante ou de la poursuivre à leur gré. Cette durée indéfinie de l'instance resta la règle générale, et ne fut limitée que dans quelques cas exceptionnels et pour certaines espèces d'actions (1).

(1) V. Cod. Theod. l. unic. *de act. cert. temp.; ibid.*, l. 1, *de dolo;* l. 8, Cod. *de dolo;* l. 7, Cod. *de temp. et in integrum restit.*, etc.

Après quelques variations, Justinien vint enfin établir une règle inverse; et, pour éviter que les procès ne devinssent immortels, *ne lites fiant pene immortales*, il voulut, par la fameuse loi *properandum*, que l'instance ne dépassât pas le terme de trois années, à partir de la litiscontestation : *Causas non ultrà triennii metas post litem contestatam esse protrahendas* (1). Art.

Mais il ne faut pas attacher à cette règle une sanction que ses termes semblent ne pas comporter. C'est aux juges que Justinien s'adresse, c'est à eux qu'il défend de prolonger au delà du temps déterminé le jugement de l'instance qui leur est soumise : *Hoc etenim judicialis magis esse potestatis, nemo est qui ignoret; nam si ipsi noluerint, nullus tàm audax invenitur, qui possit invito judice litem protelare* (2). La constitution est muette sur les conséquences que devait entraîner l'expiration des délais. Il ne faut voir dans ses termes qu'une mesure d'ordre pour la distribution de la justice, mais non pas un délai fatal imparti au plaideur, passé lequel la litiscontestation fût anéantie, encore moins l'action compromise.

(1) L. 13, Cod. *de Judiciis*.
(2) *Ibid.*

ART. La péremption de l'instance, soit qu'elle laissât survivre l'action, ou qu'elle entraînât son anéantissement, était donc une règle particulière au système formulaire, et ne trouvait plus son application dans le nouveau système de procédure généralisé par les empereurs. Aussi serait-ce une grave erreur de placer dans la constitution de Justinien le type de notre péremption d'instance. Il ne faut y chercher que cette pensée commune aux législateurs de toutes les époques, de mettre un terme à la durée des procès. C'est là le seul point de contact entre les principes du droit romain et ceux qui nous régissent. Quant aux moyens d'atteindre ce but, aucun lien d'analogie n'existe entre les législations ; il est néanmoins probable que l'idée de la péremption fut empruntée à la constitution de Justinien, quelles que soient les différences entre la pensée originaire et son application nouvelle.

Nos vieux jurisconsultes revendiquent comme une création de notre droit français les principes relatifs à la péremption d'instance (1). Il est facile, en effet, de démontrer qu'elle ne se

(1) V. Hévin sur Frain, tom. 1, p. 111 : *Jus verè gallicum*, dit-il en parlant de la péremption.

rattache par sa nature à aucune des traditions de la procédure romaine. ART.

Les effets de la péremption sont aujourd'hui la conséquence d'une présomption légale. La loi suppose que le plaideur qui pendant un certain délai a discontinué la poursuite de l'instance renonce à cette manifestation de son droit devant les tribunaux. La loi française n'a pas, comme les lois romaines, fixé un délai dans lequel l'instance doive arriver à une solution définitive. D'après les principes de notre droit, l'instance est perpétuelle, car elle a une durée sans limites; mais, si le plaideur laisse écouler un certain temps sans donner dans l'intervalle un signe de persistance, en faisant des actes de poursuites, le sommeil de l'instance peut se convertir en un complet anéantissement.

La péremption a donc été introduite à l'image de la prescription; elle est fondée sur une présomption d'abandon de l'instance, comme celle-ci sur une présomption de renonciation au droit. L'une et l'autre peuvent être interrompues par des faits ou des actes de nature à détruire la présomption de la loi; l'une et l'autre peuvent se couvrir, même après l'expiration du temps nécessaire pour s'en prévaloir.

Sans doute entre la péremption et la pres-

Art. cription nous trouverons des différences ; mais leur nature est la même, c'est la même pensée qui domine dans l'application d'un principe unique à des matières diverses; aussi ne faut-il pas s'étonner de la confusion qui régna d'abord dans cette partie importante de notre procédure. La distinction que j'ai indiquée entre le droit et la demande, l'action abstraite et l'action exercée, avait des nuances trop indécises pour être reconnues sans hésitation, à une époque où s'élaboraient, par le travail de la jurisprudence et sans aucun lien commun entre les efforts ou les idées, les éléments de notre procédure française.

La péremption d'instance s'était établie dans l'usage, sans doute à l'imitation de la constitution de Justinien. Les anciennes ordonnances la mentionnent comme déjà existante, sans en définir les conditions ou les effets (1) ; tout était abandonné à l'interprétation, ou asservi à l'empire des traditions locales. Le principe même n'était pas universellement admis.

(1) Brodeau sur Louet, lettre P, somm. 17, nº 4, cite une ordonnance de Philippe le Bel, insérée en la troisième partie du Style du parlement, tit. 26, *de appel.* § 2, où il est parlé de la péremption comme d'une chose déjà en usage. V. ordonn. de 1539, art. 120.

Suivant les différents ressorts, la péremption était soumise à des règles diverses, quant à son point de départ, quant à son accomplissement, quant à ses effets. Art.

La péremption s'acquérait par la cessation des poursuites pendant trois années ; mais les divergences commençaient lorsqu'il s'agissait de déterminer son point de départ.

Les uns n'admettaient la péremption d'instance que lorsqu'il y avait eu contestation en cause, c'est-à-dire lorsque les parties ayant pris leurs conclusions devant le juge, celui-ci avait rendu un jugement d'instruction ; ou tout au moins fallait-il que l'instance eût été liée par la comparution des deux parties. Tant que la cause n'était pas contestée, il ne pouvait y avoir lieu qu'à une *surannation* des actes de la procédure, par l'expiration d'une année à partir du jour où le dernier acte avait été signifié. Dans ce système, l'instance était distincte des actes de la procédure, et n'était liée que par la contestation en cause. Ainsi les simples procédures s'éteignaient par surannation, l'instance par la péremption, le droit par la prescription.

D'autres, soutenant une doctrine inverse, prétendaient qu'une fois la contestation en cause engagée, il ne pouvait plus y avoir lieu à

Art. péremption. Dans ce système on attribuait à la litiscontestation l'effet de produire un droit distinct de l'action primitive, et, confondant ce droit nouvellement créé avec l'instance elle-même, on exigeait pour son extinction les délais ordinaires de la prescription. Ainsi les actes de la procédure qui précédait la contestation en cause étaient seuls sujets à péremption ; l'instance, une fois liée, ne pouvait être éteinte que par la prescription (1).

Dans les parlements de Bretagne et de Normandie, la péremption n'était admise que lorsqu'elle concourait avec la prescription, de sorte que, la péremption ayant pour effet de faire disparaître l'interruption d'une prescription commencée, l'action se trouvât prescrite et ne pût être reproduite devant les tribunaux.—Dans les parlements de Grenoble et de Franche-Comté, la péremption était absolument rejetée.—Il en était de même en Flandre et en Artois; on n'admettait, dans ces deux provinces, qu'une interruption annale dont il était facile de se faire relever au moyen de lettres de chancellerie. —

(1) Je citerai sur toutes ces divergences les textes et les autorités, en comparant les principes du Code à ceux de l'ancienne jurisprudence.

Le parlement de Toulouse, après avoir long- Art.
temps refusé d'admettre la péremption, adopta plus tard les règles suivies dans la plupart des parlements du royaume.

L'ordonnance de Roussillon, du mois de janvier 1563, essaya de mettre un terme à ces divergences en posant une règle uniforme : « L'instance intentée ores qu'elle soit contestée, si, par laps de trois ans, elle est discontinuée, n'aura aucun effet de perpétuer ou proroger l'action ; ains aura la prescription son cours comme si ladite instance n'avait été formée ni introduite, et sans qu'on puisse prétendre la prescription avoir été interrompue (1). »

L'exécution de l'ordonnance rencontra des résistances; quelques parlements refusèrent de l'enregistrer. En 1629, une autre ordonnance renouvelle d'inutiles tentatives pour ramener à l'uniformité la jurisprudence des parlements (2). La force des traditions l'emporta sur l'autorité des rois. L'ordonnance de 1667 n'essaya pas de vaincre l'opiniâtreté des cours, et son silence sur la péremption fut une sorte d'amnis-

(1) Ordonnance de 1563, art. 15.

(2) Ordonnance de 1629, art. 91.

ART. tie du passé, et comme la consécration des usages observés dans les différents ressorts.

C'est au milieu de ce chaos que, pour établir les règles de la péremption d'instance, les rédacteurs du code ont choisi les matériaux destinés à y prendre place. Il n'est pas de matière où le rapprochement de l'ancienne jurisprudence et de la législation nouvelle présente plus d'intérêt. Pas un texte qui ne réponde à quelque controverse, pas un mot qui ne tranche une question autrefois débattue, et qui ne dégage un principe.

401. Le code définit la péremption en indiquant sa nature et ses effets : « La péremption n'éteint pas l'action ; elle emporte seulement extinction de la procédure, sans qu'on puisse, dans aucun cas, opposer aucun des actes de la procédure éteinte, ni s'en prévaloir. »

L'effet de la péremption est donc de remettre les parties dans la même position que si l'instance n'eût pas été introduite ; les effets produits par la puissance de la demande judiciaire n'ont qu'une force provisoire tant que la décision du juge ne les a pas définitivement consacrés. Ces effets disparaissent avec les actes de l'instance.

La demande avait fait courir des intérêts (1), interrompu une prescription commencée (2); le droit avait reçu une vigueur nouvelle, et, rajeuni par les actes qui lui ont imprimé tout à coup le mouvement, il tendait à se perpétuer en commençant une autre période d'existence; mais la péremption efface jusqu'aux derniers vestiges de cette manifestation extérieure. Par le résultat d'une fiction légale, le droit est censé avoir sommeillé, le plaideur avoir gardé le silence, le temps avoir marché sans rencontrer d'obstacles; il n'y a pas eu d'interpellation judiciaire; la prescription n'a pas été interrompue et n'a pas changé de point de départ. Art. 401.

Et remarquez que ce ne sont pas seulement les effets attachés à *la demande judiciaire* qui disparaissent, mais que la péremption efface même ceux qui résulteraient des actes, lorsqu'en les dépouillant de leur caractère judiciaire on voudrait les considérer comme une simple mise en demeure. Ainsi, quoique le code civil ait répudié les anciens principes qui exigeaient une demande en justice pour constituer en mauvaise foi celui qui dans l'ori-

(1) Code civil, art. 1153.
(2) Code civil, art. 2246.

Art. 401. gine a possédé de bonne foi (1); quoique l'appréciation du point de savoir à quelle époque les vices de son titre ont été connus du possesseur, soit aujourd'hui abandonnée à la prudence du juge (2), on ne pourrait se prévaloir de ces actes infirmes d'une procédure périmée, et leur restituer une existence partielle, une valeur extrajudiciaire, suffisante pour constituer la mauvaise foi du possesseur : on ne peut, dit la loi, opposer aucun des actes de la procédure éteinte, ni s'en prévaloir.

Il y a plus : les preuves acquises par les débats judiciaires, les enquêtes, les expertises, les aveux et les reconnaissances *qui sont moins des actes de procédure que des faits* (3), sont anéantis avec l'instance par l'effet de la péremption. L'ancienne jurisprudence penchait vers une doctrine contraire (4). M. de Lamoignon disait, dans l'article 9 de ses Ar-

(1) Ordonnance de 1539, art. 94.

(2) Code civil, art. 550.

(3) Observation de la section du tribunat.—V. Locré, Esprit du Cod. de proc., t. 2, p. 71.

(4) V. Mélenet, Traité de la péremption, quest. 76, et les autorités qu'il cite ; toutefois ces preuves conservées ne valaient pas comme interruption de la prescription, elles venaient seulement au secours de l'action lorsqu'elle n'était pas prescrite.

rêtés : « Néanmoins les enquêtes, interrogatoires, procès-verbaux d'auditions de comptes et tous les actes probatoires demeurent en leur entier. » C'était aussi l'opinion de Pothier (1); enfin Pigeau, dans sa Procédure du Châtelet, établissait comme un principe certain la maxime *probata remanent* (2). Cette doctrine était d'ailleurs admise comme un *tempérament* à la rigueur des principes, plutôt que présentée comme une déduction nécessaire et logique. Serait-ce bien atteindre le but de la loi que d'aller chercher dans l'instance périmée les matériaux et les éléments d'une instance nouvelle? Les aveux et les reconnaissances ne peuvent se détacher de l'instance à raison de leur caractère d'indivisibilité ; comment apprécier leur portée sans examiner les précédents et les circonstances de l'acte judiciaire qui les constate, sans tenir compte de la position des plaideurs? Souvent une concession n'est faite que pour amener l'adversaire à une autre concession : c'est une affaire de stratégie. Il faudra donc, pour apprécier la valeur de ces preuves, reconstituer tout entière l'instance anéantie ; mais alors

ART. 401.

(1) Procédure civile, part. 1, ch. 4, § 5.

(2) Procédure du Châtelet, tom. 1, p. 357.

Art. 401. ce n'est plus une instance nouvelle, c'est la première qui revit, et, pour conserver quelques lueurs au milieu de débris éteints, c'est un incendie qu'on rallume.

Au surplus la disposition du code, rapprochée de la discussion de ses rédacteurs, ne laisse subsister aucun doute : « Ne serait-il pas à craindre, disait la section du tribunat, que, si l'on se bornait à dire : *aucun des actes de procédure*, on ne vînt ensuite prétendre qu'il faut du moins excepter les aveux, les reconnaissances, qui sont moins des actes de procédure que des faits? La section, qui est bien convaincue que la péremption doit détruire absolument toutes les traces de l'instance, en telle sorte que, sous tous les rapports généralement quelconques, les choses se retrouvent dans l'état où elles seraient si l'instance n'avait jamais eu lieu, désire, pour détruire jusqu'à l'ombre du doute, que l'alinéa se termine ainsi : *Sans qu'on puisse, dans aucun cas, opposer aucun des actes de la procédure éteinte, ni se prévaloir, en matière quelconque, de ce qui a été fait, dit ou écrit.* » M. Locré ajoute : « Cette explication a paru inutile; les mots *aucun des actes* détruisent, dans leur généralité, les aveux

et les reconnaissances, puisqu'ils anéantissent les actes qui les constatent (1). » Art. 401.

Ces explications doivent même faire rejeter la distinction proposée par M. Carré, entre les aveux consignés dans les écritures et ceux dont il a été donné acte par jugement (2). Lorsque le jugement ne termine pas l'instance, il ne peut être considéré que comme un élément d'instruction sujet à péremption comme tout autre acte de la procédure (3).

Néanmoins il ne faut pas exagérer l'application de notre principe. On devra distinguer entre les reconnaissances qui n'établiraient qu'un droit purement relatif au profit de la partie qui plaide, et celles qui, pouvant affecter la qualité de la personne d'une manière absolue, constituent des droits ou des obligations en dehors des rapports judiciaires.

Que l'une des parties ait pris dans l'instance la qualité d'héritier ou celle de femme commune, la péremption n'anéantira pas cette déclaration volontaire; et, lors même que cette qualité ne serait constatée que par un acte de

(1) Esprit du code de proc., t. 2, p. 71.

(2) Lois de la procédure, nº CCCXXIX.

(3) V. *infrà*, p. 597.

ART. 401. la procédure, la partie ne pourrait invoquer la fiction légale de la péremption pour recouvrer le droit irrévocablement perdu d'opter pour la renonciation.

Cette distinction n'a rien d'arbitraire ; voici comment elle se justifie : Lorsqu'il s'agit d'aveux ou de reconnaissances dont l'influence ne s'étend pas au delà du cercle judiciaire où se développent les intérêts des parties, on conçoit que la loi ait pu les soumettre aux conséquences de la péremption ; car l'aveu ne constitue un droit acquis à la partie que lorsqu'elle veut en profiter. Et comme elle est libre de renoncer à s'en prévaloir et de relever elle-même son adversaire de l'imprudence qu'il a commise, on peut facilement supposer avec la loi que, si l'une des parties laisse la procédure impoursuivie, que si l'autre partie, au lieu d'agir, préfère demander la péremption, elles renoncent l'une et l'autre aux éléments de preuve qu'elles pourraient trouver dans les écritures, ou dont elles auraient demandé acte à l'audience.

Mais cette présomption ne peut plus être admise dans l'hypothèse d'une reconnaissance portant sur la qualité d'héritier ou de femme commune. La règle *semel heres*, *semper heres*,

est consacrée par le code civil (1); et si l'héritier est déchu par son acceptation expresse ou tacite du droit de répudier la succession, si sa volonté une fois manifestée ne lui appartient plus, parce que l'adition d'hérédité a créé des rapports généraux, comment admettre que le concours de la volonté présumée des plaideurs puisse, au moyen de la péremption, relever le successible des obligations qu'il s'est imposées en dehors du quasi-contrat judiciaire? La fiction ne peut effacer la qualité prise par les parties, parce que leur volonté expresse et leur consentement réciproque seraient impuissants pour l'anéantir (2). La partie ne pourrait échapper aux effets de cette reconnaissance qu'en désavouant l'officier ministériel qui la lui aurait attribuée sans avoir un mandat spécial. ART. 401.

Enfin la fiction qui remet les parties au même état que s'il n'y avait pas eu d'instance, ne libérera pas le plaideur des amendes aux-

(1) Code civil, art. 783 et 800.

(2) Il faudrait décider autrement si la reconnaissance ne portait pas directement sur la qualité d'héritier, mais qu'elle portât sur un fait duquel on voudrait induire une acceptation tacite de l'hérédité. Dans ce cas, la péremption de l'instance anéantirait l'aveu ou la reconnaissance.

ART. 401. quelles le soumet la nature de sa demande ou des moyens qu'il invoque, lorsqu'un désistement exprès serait sans force pour l'en libérer. On appliquera cette observation en cas de péremption d'une instance dans laquelle une des parties se serait inscrite en faux. L'amende serait encourue, malgré la péremption prononcée, si la procédure de l'incident avait atteint déjà la période qu'indique l'art. 247 de notre code.

A part ces restrictions, l'action survit donc seule à l'anéantissement de la procédure; mais, soumise aux conditions dans lesquelles elle se fût trouvée s'il n'y eût pas eu d'instance, l'action pourrait être compromise si le temps de la prescription s'était accompli pendant le cours de l'instance périmée; alors le droit ou l'action sont eux-mêmes anéantis, et ne peuvent servir de base à une nouvelle demande. Sans doute la péremption n'a pas éteint directement l'action; elle n'a pu exercer d'influence que sur les actes de la procédure; mais, effaçant les actes interruptifs d'une prescription commencée, la péremption laisse à la prescription un libre cours en détruisant la barrière qui faisait obstacle à son accomplissement. La péremption, lorsqu'elle se combine avec la prescription,

peut donc avoir pour conséquence l'anéantissement du droit (1). Art. 401.

L'article 2247 du code civil ne laisse aucun doute sur la portée de cette influence indirecte que subit l'action elle-même par l'effet de la péremption prononcée. Ce texte a consacré la disposition de l'ordonnance de 1563 : « Aura la prescription son cours, comme si ladite instance n'avait été formée ni introduite, et sans qu'on puisse prétendre ladite prescription avoir été interrompue. » L'ordonnance avait eu pour objet de repousser un système admis par quelques auteurs, d'après lequel l'interruption de la prescription résultant de la demande judiciaire subsistait encore même après la péremption de l'instance.

Barthole, s'appuyant sur les textes des lois romaines, notamment sur la loi 9, § 3, ff. *de jurejurando*, soutenait que la litiscontestation ayant perpétué l'action, cet effet qu'elle avait produit devait survivre à l'extinction de

(1) On a vu que, dans les ressorts des parlements de Bretagne et de Normandie, la péremption n'était admise que lorsqu'elle se combinait avec la prescription pour anéantir le droit. V. Duparc-Poullain, Principes du droit français, liv. 3, ch. 17, sect. 5, n° 104; Houart, Dictionnaire de droit normand, v° péremption.

Art. 401. l'instance. Cujas donnait à cette interprétation l'appui de son autorité : *Nulla est enim actio quæ non intrà certum tempus perficienda sit, nec tamen ideo minus litiscontestatione perpetuatur* ETIAM SI PERIERIT INSTANTIA (1). Il n'admettait qu'une seule exception à ce principe, *si actor à lite destiterit, quod est si in totum deposuerit animum litigandi.* Cette doctrine était vraie au point de vue des principes de la procédure romaine arrivée à sa dernière période ; et la règle introduite par la loi *properandum* n'exerçait sans doute aucune influence sur les effets de la litiscontestation. Mais, dans son respect exagéré pour les traditions romaines, Cujas répugnait à voir dans l'ordonnance une dérogation aux anciens principes ; et, loin de reconnaître que les effets de la litiscontestation venaient d'être dépouillés de leurs anciennes immunités, il essayait de plier le texte de l'ordonnance à de subtiles distinctions, comme s'il se fût agi de concilier entre eux les textes contradictoires de deux constitutions impériales. L'ordonnance de 1563, qui défendait de considérer l'action comme perpétuée et la prescription comme interrompue,

(1) *Observationes*, lib. 18, cap. 29.

lorsque l'instance était périmée, ne devait s'entendre, suivant lui, que du cas où le demandeur avait renoncé définitivement à plaider, mais non s'il y avait eu simple retard de poursuivre : « *Caroli IX constitutio quæ vetat litiscontestatione, quæ triennio intermissa sit, perpetuari actionem, vel præscriptionem interrumpi, adeo videtur tantum ad illum casum contrahenda esse, quo ponitur actor destitisse à lite, et tacuisse triennium; nam si quis non destiterit sed distulerit actionem vel propter potentiam adversarii, aut gratiam, vel propter infirmitatem suam, vel aliam justam causam, etiamsi tacuerit triennio vel ampliori tempore, non est quod dicas litis contestatione eum actionem suam in tutum non redegisse* (1). » Mornac ne faisait au contraire nulle difficulté de dire que l'ordonnance avait complétement dérogé à la constitution de Justinien (2); cette doctrine était généralement admise. Cependant, si l'on reconnaissait que les actes de l'instance périméene pouvaient conserver leur valeur comme interruptifs de la prescription, on n'en persista pas moins, dans quelques ressorts, à distinguer sous d'autres points de vue les instances

Art. 401.

(1) *Observationes*, lib. 18, cap. 29.

(2) Sur la loi 13, Cod. *de judiciis.*

Art. 401. contestées et celles qui ne l'étaient pas (1).

Mais si le texte du code civil ne laisse aucun prétexte à la controverse, on peut du moins se demander pourquoi la citation donnée même devant un juge incompétent interrompt la prescription (2), tandis que l'interruption résultant d'une demande valablement introduite est regardée comme non avenue, si le demandeur laisse périmer l'instance. Dans l'une et l'autre hypothèse, l'interpellation judiciaire, quoique revêtue extérieurement des formes légales, a manqué son but, soit que le juge ait déclaré son incompétence, soit qu'il ait admis la péremption : dans l'une et l'autre hypothèse, l'acte introductif de l'instance ne peut servir de base à une nouvelle demande, et la nécessité de signifier un nouvel ajournement est imposée au demandeur. Cependant l'assignation donnée devant un juge incompétent, sans efficacité comme acte de la procédure, subsiste comme acte interruptif d'une prescription commencée. C'est que l'intention d'obtenir la reconnaissance ou la consécration de son droit ne reste inefficace, en cas d'incompétence du juge, que par suite d'une

(1) V. *infrà*, p. 589 et suiv.

(2) Code civil, art. 2246.

erreur qui n'affaiblit en rien l'énergie de la volonté manifestée ; tandis que le plaideur qui laisse périmer l'instance est présumé l'avoir abandonnée, et cette volonté nouvelle efface, avec les conséquences qu'elle avait produites, l'œuvre de la volonté primitive. Art. 401.

La péremption s'applique à TOUTE instance : devant les juridictions ordinaires comme devant les juridictions exceptionnelles; devant les juges du premier degré comme devant les juges d'appel. 397.

Il semble que cette proposition n'ait pas besoin d'être justifiée : cependant la loi, qui a tracé les règles de la péremption à propos de la juridiction des tribunaux ordinaires, contient des dispositions spéciales sur la péremption devant les juges de paix ; elle attribue aussi à la péremption des effets particuliers lorsqu'il s'agit d'une instance d'appel ; mais elle a gardé le silence sur l'application du principe aux instances portées devant les tribunaux de commerce : de là, graves dissentiments.

Ne demandez pas à ceux qui prétendent que les instances commerciales échappent à la pé-

Art. 397. remption, une justification raisonnée de leur système. Ils seraient assez embarrassés à nous dire pourquoi, dans une matière où la célérité des formes répond aux exigences des intérêts les plus urgents, la loi aurait donné une prime à la négligence en la protégeant par voie de prétérition contre les sévérités d'une disposition générale. Ils iront même jusqu'à reconnaître que la péremption serait une chose utile, appliquée aux instances commerciales, et jusqu'à déplorer l'oubli du législateur ; mais leur respect pour la loi est si grand, qu'ils préfèrent l'accuser d'imprévoyance plutôt que de tenter le moindre effort pour interpréter son texte, ou faire parler son silence.

Serait-ce à raison des formes spéciales de la procédure suivie devant les tribunaux de commerce, que les règles de la péremption resteraient inapplicables ? Mais elle est admise devant la justice de paix, où les formes ont le même caractère de simplicité ; et sans qu'il soit nécessaire de tirer un argument de l'article 397, qui soumet l'instance à la péremption, *encore qu'il n'y ait pas constitution d'avoué*, il suffit de rappeler le principe général qui indique les significations à personne ou domicile, comme devant suppléer aux significa-

tions à avoué, lorsque la partie n'est pas représentée. On a vu déjà de nombreuses applications de ce principe. Art. 397.

Serait-ce à raison de la nature des affaires commerciales que la péremption serait proscrite? Mais leur caractère d'urgence impose au contraire une marche plus célère; pourquoi d'ailleurs cette influence bizarre de la qualité du litige sur la durée de l'instance ne se manifesterait-elle qu'au premier degré de juridiction? Car on est bien obligé de reconnaître que la péremption a lieu en cause d'appel, sans distinction entre les affaires civiles et les affaires commerciales.

Ainsi ce droit exceptionnel, cette mise hors la loi des instances commerciales, en ce qui concerne la péremption, ne serait que le résultat d'un caprice du législateur; bien plus, il aurait sans raison rompu avec le passé, car l'ancienne jurisprudence, malgré ses divergences, n'avait jamais pensé à cette création moderne des commentateurs, accordant aux instances commerciales le privilége de l'immortalité, et ne reconnaissant aux autres qu'une existence périssable.

Mais au moins est-ce un texte exprès qui nous impose ces arbitraires distinctions? Non;

Art. 397. le code civil mentionne la péremption comme une règle de droit commun, et le code de procédure s'exprime en ces termes généraux : TOUTE instance sera éteinte par discontinuation de poursuites. A-t-on dérogé à cette disposition en s'occupant de la procédure *spéciale* aux tribunaux de commerce ? Vous chercheriez en vain les indices d'une dérogation. Il est vrai qu'après avoir posé le principe que toute instance est sujette à péremption, la loi n'a pas cru nécessaire de le rappeler à propos de la procédure commerciale ; mais son silence offre-t-il un sens équivoque en présence des traditions de l'ancien droit, de la généralité de la loi nouvelle, et de l'identité de motifs dans toutes les hypothèses ?

Cependant on fait remarquer que le code *a parlé* de la péremption devant les juges de paix et devant les tribunaux d'appel, et l'on oppose les prévisions de la loi dans ces deux cas au silence calculé qu'elle aurait gardé dans l'autre : c'est le fameux argument *qui de uno dicit de altero negat*. La réponse est facile : si la péremption devant les juges de paix et en appel eût dû produire les mêmes effets et se trouver soumise aux mêmes conditions que devant les tribunaux ordinaires, les textes qui n'auraient

fait que rattacher à des cas particuliers l'application d'une règle générale, eussent été complétement inutiles : cette conséquence est la seule qu'il eût été permis de proclamer; mais on comprend parfaitement pourquoi le législateur a dû spécialement s'occuper de la péremption devant les juges de paix, car il ne la mentionne que pour signaler une dérogation aux principes ordinaires qui la régissent; il en est de même de la péremption relative aux instances d'appel. Art. 397.

Devant les justices de paix, le code a établi une péremption spéciale analogue à celle qui frappe, lorsqu'ils ne sont pas suivis d'exécution, les jugements par défaut, faute de constituer avoué. Cette péremption particulière a lieu dans le cas où, un interlocutoire étant ordonné, la cause n'est pas jugée définitivement dans le délai de quatre mois du jour de l'interlocutoire. Après ce délai, l'instance est périmée *de droit*. C'est là une règle exceptionnelle sous le rapport du délai, comme sous le rapport du mode d'extinction de l'instance. On conçoit donc que le législateur ait dû s'en expliquer d'une manière expresse. Mais à part cette hypothèse particulière, seule régie par l'article 15 du code de

Art. 397. procédure (1), la loi est muette sur les règles de la péremption applicables aux instances portées devant les tribunaux de paix, toutes les fois qu'un interlocutoire n'aura pas été prononcé. L'argument tiré du soin qu'aurait pris le législateur de soumettre expressément ces sortes d'instances à la péremption tombe donc complétement. Il garde le même silence que pour les instances commerciales; de sorte qu'il serait aussi facile de soutenir que toute instance portée devant le juge de paix peut se perpétuer indéfiniment tant qu'un jugement interlocutoire n'a pas été rendu; ainsi l'on arriverait à cette singularité choquante, que dans une matière où la loi modifie en un cas particulier les règles de la péremption pour en abréger le délai, le droit commun serait la perpétuité de l'instance. Pour échapper à cette contradiction, il faut bien reconnaître que l'article 397 du code régit les instances portées aux tribunaux de paix.

(1) La loi du 26 octobre 1790, tit. 7, art. 7, contenait, sur la péremption devant les juges de paix, des dispositions plus rigoureuses encore que le code de procédure. Je reviendrai sur ce point en m'occupant de la procédure devant la justice de paix.

Quant aux tribunaux d'appel, la loi n'avait pas besoin de déclarer la péremption applicable à leur procédure; aussi suppose-t-elle le principe admis, et se borne-t-elle à dire que la péremption produira l'effet particulier de donner au jugement dont est appel la force de la chose jugée; c'est-à-dire que l'appel ne pourra plus être renouvelé, lors même que la partie serait dans les délais pour en signifier un autre (1). Il n'y a ici encore aucun argument à tirer des préoccupations du législateur, car il n'a mentionné la péremption que pour établir une règle qui ne résultait pas des principes généraux en cette matière. Art. 397.

En se reportant au titre *de la procédure devant les tribunaux de commerce*, on s'explique aisément le silence du code sur la péremption; c'est que devant ces tribunaux les règles de la péremption devaient rester les mêmes que devant les tribunaux civils d'arrondissement.

(1) L'article 469 du code reproduit la disposition de l'article 5, tit. 27 de l'ordonn. de 1667. Les parlements de Toulouse et de Bordeaux sont les seuls qui, malgré le texte de l'ordonnance, paraissent avoir tenu que l'appel pouvait être renouvelé si la partie était encore dans les délais. Je donnerai des explications sur ce point au titre de l'appel.

Art. 397. Ce principe posé, il est facile de répondre à une dernière objection, tirée de l'article 1030 du code : Admettre la péremption dans les instances commerciales, ce serait, dit-on, introduire par voie d'*analogie* une nullité ou une peine qui n'est pas formellement prononcée par la loi. — Non, ce n'est pas une simple analogie qui indique la solution à suivre. L'article 397 est un texte formel dans sa généralité. Il s'applique aux instances commerciales comme il s'applique aux procédures sommaires, bien que la loi n'ait répété le principe dans l'une ni dans l'autre des dispositions spéciales qui les concernent. D'ailleurs la nécessité d'agir dans un certain délai n'est pas une formalité, et la péremption n'a le caractère ni d'une nullité ni d'une peine : c'est la volonté présumée des parties à laquelle se rattachent des conséquences légales. Les nullités opèrent en sens inverse de la volonté ; la péremption agit conformément à l'intention que la loi présume ; elle n'est autre chose qu'un désistement tacite.

Ces propositions rendent superflu de démontrer que la loi, dans un grand nombre d'hypothèses, s'est tacitement référée aux principes généraux pour combler les lacunes que présente son texte sur la procédure de-

vant les tribunaux de commerce (1). Il y a en effet certaines dispositions qui forment la partie théorique de la procédure, bien plus qu'elles ne se rattachent à une pratique arbitraire et variable, selon l'organisation particulière des juridictions; règles essentielles et fondamentales que le législateur, au lieu de les disséminer dans son code, eût pu écrire au frontispice de son œuvre comme la loi des lois de la procédure. Ce sont ces règles que la cour de cassation proposait de placer en tête du code judiciaire, comme se rattachant à *l'administration de la justice en général.* Dans son projet, à côté des principes relatifs aux *actions*, aux *exceptions*, aux *récusations*, à la *compétence*, figurait aussi la *péremption.* Le caractère *théorique et moral* (2) de ces dispositions fondamentales a-t-il donc pu s'effacer par cette seule considération, qu'elles occuperaient telle ou telle place dans la série des lois de la procédure? ART. 397.

(1) Ainsi les dispositions sur la procédure devant les tribunaux de commerce sont muettes sur *les expertises*, *le désistement*, *les redditions de compte*, *le serment décisoire ou supplétif*, *les récusations*, *les renvois*, etc.

(2) Expressions de la cour de cassation. V. ses observations préliminaires sur le projet du code de procédure.

Art. 397. Peut-être cette discussion paraîtrait-elle trop étendue, si l'opinion que je combats n'avait pour elle l'autorité des noms imposants qui la soutiennent; elle a été défendue par MM. Pardessus (1), Pigeau (2), Ravez (3) et Carré (4). Quant à ce dernier, sa conviction hésitait sans doute, car, s'il repousse la péremption en matière commerciale dans la solution qu'il donne à sa question 1411, il dit ailleurs, à propos de la péremption spéciale admise par l'article 15 devant les justices de paix : « Cette péremption diffère de celles qui s'acquièrent dans les tribunaux civils d'arrondissement et *de commerce*, en ce qu'elle existe de droit (5). » Mais, quel que soit son dernier mot, nous répéterons avec Dumoulin : *Non est curandum de contrariâ opinione doctorum ad quos non leges, sed illi ad leges flecti ac temperari debent.*

La jurisprudence a sanctionné ces principes, et la cour de cassation, par un arrêt du 21 décembre 1836 (6), a fixé définitivement la valeur

(1) Droit commercial, tom. 5, p. 81, n° 138.

(2) Commentaire, tom. 1, p. 680.

(3) V. sa consultation insérée au Journal des avoués, tom. 47, p. 563.

(4) Lois de la procédure, quest. 1411.

(5) Lois de la procédure, sur l'article 15, n° XIII.

(6) Dalloz, 37, 1, 97. Plusieurs arrêts de cours royales

des arguments opposés de part et d'autre dans cette vive controverse. Art. 397.

Quant aux instances soumises à des arbitres, la péremption ne peut recevoir d'application. La durée des pouvoirs des arbitres étant limitée par la loi ou par le compromis (1), l'instance subsiste devant eux tant que leurs pouvoirs durent encore; le temps fixé pour la prononciation de leur sentence est-il expiré, leur mission est terminée avant d'avoir été accomplie; il est inutile alors d'invoquer la péremption, car il n'y a plus d'instance.

La péremption n'a pas lieu devant la cour de cassation. J'ai déjà fait remarquer que la procédure à suivre devant cette cour est régie non par les textes de notre code, mais par les anciens règlements. Or le règlement de 1738 ne contient aucune disposition sur la péremption des instances devant le conseil privé; et les anciens jurisconsultes ont de tout temps été d'accord que l'usage de la péremption n'avait pas lieu au conseil privé du roi (2). On verra

ont jugé dans le même sens; le plus récent est celui de la cour de Paris, du 12 novembre 1844; Dalloz, 45, 2, 29.

(1) Code de procédure, art. 1007.

(2) Dumoulin, sur les Décrétales, tom. 4, p. 99, col. 2; Grimaudet, du Retrait lignager, liv. 10, ch. 8; Hévin sur Frain, Remarques, p. 25.

ART. 397. plus loin quelles règles doivent être appliquées à la durée des instances devant la cour de cassation, en l'absence de dispositions spéciales (1).

J'ai examiné l'admissibilité de la péremption sous le rapport des juridictions devant lesquelles est poursuivie l'instance; il s'agit maintenant de résoudre les difficultés que peut présenter son application, — à raison de la nature intrinsèque de la demande, ou de la qualité des parties, — et à raison de la nature des actes successifs de la procédure.

Certaines actions échappent à la prescription : les unes à cause de leur objet, les autres en considération de la personne à qui elles appartiennent.

L'action en réclamation d'état est imprescriptible (2); il en est de même du droit de l'État, des départements et des communes, sur les choses qui font partie du domaine public (3); la prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire à l'égard des créances qu'il a contre la succession (4); l'action en sé-

(1) V. *infrà*, p. 618.

(2) Code civil, art. 328.

(3) Code civil, art. 2226.

(4) Code civil, art. 2258.

paration des patrimoines n'a pas de durée préfixe, et peut être exercée à l'égard des immeubles tant qu'ils existent dans la main de l'héritier (1). Art. 397.

Enfin la prescription ordinaire ne court pas contre certains incapables (2), et ses délais sont suspendus tant que dure l'incapacité sur laquelle est basée la protection de la loi.

Mais il faut se garder de croire que ces immunités, qui protégent le droit, exercent quelque influence sur l'instance elle-même, et la mettent à l'abri de la péremption. Autrefois, dans le ressort de certains parlements, qui n'admettaient la péremption que lorsqu'elle concourait avec la prescription, l'imprescriptibilité de l'action était nécessairement un obstacle à l'extinction de l'instance (3). C'était une conséquence naturelle des conditions exigées pour que la péremption s'accomplît. Mais il est important de remarquer que, même dans les ressorts où la péremption s'acquérait sans le concours de la prescription, la faveur attachée à l'action se communiquait à l'instance elle-

(1) Code civil, art. 880.

(2) Code civil, art. 2252, 2253, 2255, 2256.

(3) V. Duparc-Poullain, Principes du droit français, liv. 5, ch. 17, sect. 5, n° 115.

Art. 397. même. Ainsi la péremption ne pouvait atteindre les causes de *régale* (1), les appellations comme d'abus, ni en général les causes qui concernaient le roi (2), le public, la police, et l'état des personnes.

Toutefois les causes concernant les pupilles, les mineurs, l'Église, les hospices ou les communautés, ne participaient pas au même privilége; cela tenait à la nature particulière des moyens de protection donnés à leur incapacité. Le pupille ou le mineur, dans les pays de droit écrit comme dans les pays coutumiers, ne pouvaient, s'ils avaient été valablement représentés ou assistés par leur tuteur ou curateur, se prévaloir de leur incapacité; ils étaient réputés majeurs, sauf la lésion qu'ils auraient éprouvée, et dont ils ne pouvaient se faire relever qu'en obtenant au préalable des *lettres de restitution*; or, le tuteur ou le curateur figurant dans

(1) Droit qu'avait le roi de jouir des revenus des évêchés et archevêchés vacants par la mort des titulaires, jusqu'à ce que les nouveaux pourvus eussent prêté le serment de fidélité et fait enregistrer ce serment en la chambre des comptes.

(2) Ce privilége du roi ne passait pas aux fermiers généraux. Une déclaration du 20 janvier 1699 ordonne que les instances où ils sont parties seront sujettes à la péremption.

l'instance, la péremption ne pouvait être suspendue par le seul fait de l'incapacité des parties intéressées; il eût fallu se faire relever contre elle; mais l'ordonnance de 1539, article 120, ayant expressément défendu *de bailler aucunes lettres de relièvement de péremption d'instance*, il n'était même pas possible de réparer les conséquences de la péremption acquise. Il en était de même pour l'Église, les hospices ou les communautés représentées par leurs administrateurs (1). Tandis que le prince, dans les causes concernant l'ordre public, ni même dans celles de son domaine, n'avait nul besoin du secours de la restitution (2), parce qu'il lui appartient, comme disait Charles VII, *de réformer son faict comme l'autruy*. L'ordonnance ne lui était donc pas applicable, puisqu'il se trouvait relevé de plein droit des omissions ou des négligences qui pouvaient lui préjudicier. Art. 397.

Quelques auteurs admettaient, il est vrai, la restitution contre la péremption acquise, lorsqu'elle emportait la perte de l'action du

(1) Cependant les parlements de Bordeaux et de Provence n'admettaient pas la péremption contre l'Eglise, ni le parlement de Lorraine, contre les mineurs.

(2) V. Lorry, Notes sur le traité du domaine de Lefebvre de Laplanche, liv. 2, ch. 7.

Art. 597. mineur, ou dans le cas d'insolvabilité de son tuteur. Le parlement de Paris jugeait aussi que la péremption ne pouvait préjudicier à l'Eglise si elle devait entraîner la perte du fonds ; la règle n'était appliquée dans sa rigueur que lorsqu'il s'agissait de fruits ou de revenus : mais ces distinctions étaient évidemment contraires au texte de l'ordonnance de 1539.

Le code de procédure a posé un principe général, qui ne comporte aucune exception : *toute instance* sera éteinte.... Et, pour répudier les
598. précédents, il ajoute : « La péremption courra contre l'État, les établissements publics, et toutes personnes même mineures, sauf leur recours contre les administrateurs et tuteurs. »

Ainsi, d'un côté la nature du droit débattu dans l'instance ne préserve pas celle-ci des conséquences ordinaires d'une inaction prolongée. On conçoit en effet que dans ce cas la péremption doive être d'autant plus facilement admise, qu'elle ne peut entraîner indirectement l'anéantissement d'un droit imprescriptible.

D'un autre côté, la qualité de la personne dont les intérêts se trouvent engagés n'exerce aucune influence sur la péremption de l'instance. Sans

doute il peut arriver que, l'extinction de la procédure venant à concourir avec une de ces courtes prescriptions qui frappent certaines actions des mineurs eux-mêmes (1), le droit d'un incapable s'évanouisse par l'effet indirect de la péremption; mais, puisque le législateur ne s'est pas préoccupé de ce résultat lorsqu'il s'agit de la prescription qui frappe directement l'action, il est évident que l'instance ne pouvait, dans ce cas, avoir un privilége refusé au droit lui-même. S'agit-il au contraire d'une action soumise à la prescription ordinaire, la péremption, en anéantissant l'instance, laisse entier le droit de l'incapable, puisque la prescription est suspendue tant que dure son incapacité. Il est vrai que la péremption en cause d'appel aura de graves conséquences, puisqu'elle donnera au jugement l'autorité de la chose jugée; mais la loi n'a-t-elle pas encore là manifesté l'intention d'établir l'égalité de position, quelle que soit la capacité du plaideur, puisque le délai d'appel est invariablement le même pour les personnes capables ou incapables?

ART. 398.

Cependant le tuteur qui figure au procès comme le représentant du pupille sera donc

(1) Code civil, art. 2278.

Art. 398. libre de déserter l'instance ; et, puisque la péremption n'est autre chose qu'un abandon présumé de la demande, le tuteur pourra donc à son gré renoncer à une attaque dont l'initiative ne lui appartient pas toujours exclusivement. Il ne peut introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, sans l'autorisation du conseil de famille (1). Il pourra cependant laisser périmer l'instance qu'il n'était pas libre d'introduire sans autorisation.

C'est qu'il ne faut pas confondre la capacité pour former la demande, et la capacité pour procéder sur la demande. Le pouvoir légal du tuteur représentant le pupille dans les actes de l'instance, a besoin, pour s'exercer en certains cas, de se retremper à sa source et d'être confirmé par la volonté du conseil de famille. Celui-ci délibère, le tuteur agit. Mais, dans l'exercice de ses pouvoirs, le tuteur est indépendant, sauf la responsabilité qu'il peut encourir. Quant à la procédure, sa capacité est entière ; il peut l'abandonner expressément ou tacitement, en respectant toutefois le droit lui-même, si ce droit est de ceux dont il n'a

(1) Code civil, art. 464.

pas la libre disposition. En assimilant la péremption à un abandon de l'instance, il n'y a donc aucune contradiction à reconnaître que cet abandon tacite est opposable au mineur, même lorsqu'il s'agit de ses droits immobiliers, bien qu'il n'appartienne pas au tuteur d'introduire l'action, ou d'acquiescer à une demande de cette nature dirigée contre le mineur. ART. 398.

Les mêmes considérations s'appliquent aux représentants de l'Etat, des communes et des établissements publics.

Mais la péremption court-elle contre le mineur sans représentant légal dans l'instance?

La difficulté peut se présenter soit que l'on suppose le mineur ayant lui-même introduit l'instance en son nom personnel, soit que le tuteur l'ayant introduite, ses fonctions aient cessé avant la majorité du mineur et le jugement du procès. La première hypothèse ne peut guère se rencontrer, puisqu'au lieu d'attendre trois années pour demander la péremption, le défendeur pourrait se prévaloir de l'incapacité du mineur pour le faire déclarer non recevable. Quoi qu'il en soit, la péremption doit courir dans tous les cas.

Dans l'ancienne jurisprudence il en était autrement; il y avait alors, pour mettre le

Art. 398. mineur dépourvu de tuteur à l'abri de la péremption, deux motifs qui n'existent plus aujourd'hui : l'un relatif à sa capacité, l'autre qui se rattachait à la suspension de l'instance.

On a vu que si la péremption avait lieu dans les instances concernant les mineurs, c'est que leur incapacité n'était pas une cause de protection que le juge pût accueillir en vertu de ses pouvoirs ordinaires. La nullité tirée de leur incapacité n'étant établie que par le droit romain, il fallait un commandement du souverain qui permît aux juges de prononcer la restitution en entier. Or, on sait que l'ordonnance défendait de délivrer des lettres contre la péremption. Mais, lorsque le pupille agissait seul, il trouvait dans quelques coutumes des textes protecteurs de son incapacité qui permettaient de le relever, sans intervention du prince, des déchéances qu'il aurait encourues (1). Il n'est donc pas étonnant que, dans le ressort de ces coutumes, la péremption ne fût pas admise contre le mineur dépourvu de tuteur.

D'un autre côté, il faut remarquer aussi que, sous l'ancienne jurisprudence, la cessation des

(1) V. entre autres la coutume de Bretagne, tit. 11, art. 197, et la coutume de Troyes, art. 138.

fonctions du tuteur était une cause de suspension de l'instance (1). Tant que l'instance n'avait pas été reprise par un nouveau tuteur, la péremption ne pouvait courir. — Par la même raison, on décidait que, si une femme était en procès avant son mariage, la péremption ne pouvait courir contre elle dès qu'elle était passée sous l'autorité d'un mari, à moins que celui-ci ne fût appelé dans l'instance pour l'autoriser; et réciproquement la péremption ne pouvait courir contre la veuve tant qu'elle n'était pas assignée pour reprendre l'instance que le mari avait introduite, comme exerçant les actions possessoires et mobilières de sa femme (2). Art. 398.

Mais ces raisons de décider n'ont aucune valeur au point de vue de notre législation. La nécessité de se pourvoir de lettres de restitution n'est jamais imposée, et la différence qui sous ce rapport était consacrée par quelques coutumes entre le mineur agissant seul en son nom personnel et le mineur légalement représenté, est aujourd'hui sans importance; d'un autre côté, le changement d'état ou la

(1) V. *suprà*, p. 180.

(2) V. Mornac sur la loi 13, Cod. *de judiciis*; Melenet, quest. 37, et les Arrêtés de M. de Lamoignon, art. 28.

Art. 398. cessation des fonctions ne sont plus des causes d'interruption de l'instance (1). Eussent-ils même ce caractère, ces événements ne suspendraient pas le cours de la péremption jusqu'à ce que l'instance eût été reprise et régularisée, mais seulement, ainsi qu'on le verra bientôt, pendant un certain délai déterminé par la loi (2).

Peu importe que l'article 398 réserve au mineur un recours contre son tuteur; la loi a prévu le cas le plus ordinaire, celui où le mineur est représenté par son tuteur. Mais il ne faut pas en tirer la conséquence que cette responsabilité soit la condition *sine quâ non* de l'application des rigueurs de la péremption aux instances concernant le mineur. S'il résulte de la loi quelques différences entre la position du mineur représenté par un tuteur, et celle du mineur abandonné à sa faiblesse naturelle, ces différences n'existent que pour les *actes* du mineur, mais non pour les *omissions* de nature à lui préjudicier; aussi faudrait-il considérer comme nul le désistement exprès donné par le mineur seul, tandis que l'on pourrait invoquer contre lui les effets de la pé-

(1) V. *suprà*, p. 180.

(2) V. *infrà*, p. 628.

remption aussi bien que ceux d'une courte prescription, alors même que, pendant les délais de l'une ou de l'autre, il aurait été momentanément dépourvu de tuteur. Art. 398

Une loi du 6 brumaire de l'an V, art. 2, veut « qu'aucune prescription, expiration de délais, ou péremption d'instance, ne puisse être acquise contre les défenseurs de la patrie et les autres citoyens attachés au service des armées de terre et de mer, jusqu'à l'expiration d'un mois après la publication *de la paix générale*, ou après la signature du congé absolu qui leur aurait été ou leur serait délivré avant cette époque. » Cette loi n'a d'autre caractère que celui d'une disposition de circonstance. Elle ne crée pas, comme les lois romaines, en faveur des militaires, un privilége attaché à leur qualité, mais une prérogative concédée à raison des événements sous l'empire desquels la loi est promulguée ; ce n'est pas une loi générale faite pour tous les temps et pour toutes les guerres à venir, mais une loi politique dont les effets doivent cesser de plein droit avec les causes qui l'ont rendue nécessaire. Cette interprétation ne peut être douteuse, en présence de la loi du 21 décembre 1814, qui, en proclamant la paix générale, constate que la loi du 6 bru-

Art. 398. maire an V a épuisé tous ses effets, et proroge le délai accordé par l'art. 2 de cette loi jusqu'au 1er avril 1815, en faveur des militaires et autres citoyens attachés aux armées qui ne sont pas encore rentrés en France. Le texte du code de procédure est d'ailleurs une preuve que le législateur n'a pas entendu ériger en principe pour les militaires le privilége d'être exempts de la péremption pendant la durée de leur service en temps de guerre (1).

397. Attachons-nous maintenant aux éléments successifs de l'instance, pour examiner à quel moment la péremption peut commencer, quels actes elle efface, à quelle époque elle cesse de menacer.

Le préliminaire de conciliation précède l'instance, mais, considéré isolément, il n'appartient pas à l'instance. La procédure judiciaire a son principe dans l'ajournement, qui doit être considéré comme en étant le premier acte. Si l'on suppose que la tentative infructueuse de conciliation n'ait pas été suivie d'un

(1) Arrêt de la cour de Grenoble du 22 décembre 1824; Dalloz, Jurisprudence générale, tom. 11, p. 190.

ajournement, et que le délai de trois années se soit écoulé sans poursuites, la péremption ne pourra pas atteindre cette démonstration inoffensive, qui n'a aucun des caractères agressifs des actes de la procédure judiciaire, et qui, ne se rattachant pas à une demande introduite, ne produit aucun des effets de l'action exercée. Sur ce point nulle difficulté; il ne pourrait y avoir de doute que sur le point de savoir si le préliminaire de conciliation ne devrait pas tomber de plein droit en *surannation*, et si, après l'expiration d'un certain temps, il ne faudrait pas, pour introduire l'instance, offrir un nouveau sacrifice sur les autels de la paix. Or, malgré l'opinion indirectement exprimée lors de la discussion du code (1), il est difficile d'admettre que la tentative de conciliation ne conserve pas son effet principal, celui de permettre au plaideur de former la demande en justice, quoiqu'un délai de plus de trois années sépare la conciliation tentée et l'instance introduite. Art. 397.

Mais la question change de face, si l'on suppose que, les parties n'ayant pu se concilier, l'instance se soit engagée; alors, si le temps nécessaire pour que la péremption soit acquise

(1) V. tom. 2, p. 65.

Art. 397. s'écoule à partir des actes de la procédure judiciaire et l'extinction de l'instance étant prononcée, devra-t-on considérer comme anéantis les actes préliminaires, c'est-à-dire ceux qui constatent l'essai de conciliation, de sorte que pour introduire une instance nouvelle la conciliation doive être de nouveau tentée?

L'essai de conciliation n'est pas un acte de l'instance; mais, lorsque l'instance s'engage, elle reçoit de ce préliminaire obligé les conditions de légalité sans lesquelles elle serait déclarée non recevable. Alors l'essai de conciliation ne doit plus être considéré isolément; il se rattache d'une manière intime à la procédure qu'il précède, et ce lien est tellement étroit, que la transcription du procès-verbal de non-conciliation ou de la mention de non-comparution, en tête de l'exploit de demande, est exigée *à peine de nullité de l'ajournement.* La tentative de conciliation a épuisé sa force légale dès que la demande est régulièrement introduite. L'instance est-elle périmée, le demandeur est présumé se désister de l'instance; sans doute le même droit pourra s'exercer encore, si l'action n'est pas prescrite; mais il s'exercera par une demande *nouvelle*, résultat d'une *nouvelle* volonté. Peu importe donc que la demande renouvelée

tende au même but; car l'*animus litigandi* n'est plus censé rétroagir au jour de la première tentative de conciliation (1). Art. 397.

Il en serait autrement si la demande était déclarée nulle en la forme, ou incompétemment introduite. Alors une seconde demande pourrait être formée sans qu'il fût besoin de citer de nouveau en bureau de paix. Mais il n'y a aucune assimilation à établir entre ces hypothèses et le cas d'une instance périmée. La demande est-elle nulle en la forme, l'action n'a pas été exercée, et la demande régulièrement reproduite n'est que l'exécution de l'intention manifestée lors du préliminaire de conciliation; elle s'y rattache par la persévérance de la volonté. Il en est de même si l'instance a été primitivement portée devant un tribunal incompétent; là encore, c'est la même volonté qui persévère, lorsque la demande est de nouveau formée devant un autre tribunal.

On trouverait dans l'ancienne jurisprudence des décisions dont l'incontestable analogie viendrait appuyer ma solution. Autrefois,

(1) Cette solution paraît contraire à l'opinion générale des auteurs; elle a été également repoussée par deux arrêts, l'un de la cour d'Agen du 7 mars 1808, l'autre de Grenoble du 6 mars 1823. V. Dalloz, t. 11, p. 187.

Art. 397. l'appel d'une sentence était une simple protestation contre la décision des premiers juges; l'instance d'appel ne commençait que lorsqu'il avait été *relevé* par l'appelant, ou *anticipé* par l'intimé, au moyen d'une assignation devant les juges supérieurs. Aussi décidait-on qu'appellation simplement interjetée par cédule et non relevée ne se périmait point et durait trente ans en cet état; seulement, après certains délais qui variaient suivant les juridictions, la partie intéressée pouvait faire prononcer la *désertion* de l'appel non relevé, ce qui n'empêchait pas de le réitérer (1). Si, au contraire, la cause d'appel était introduite par une assignation devant la cour, alors l'appel lui-même, se trouvant lié à l'instance, était enveloppé dans l'anéantissement de la procédure périmée; dans ce cas seulement s'appliquait le principe que la péremption d'appel a pour effet de donner à la sentence la force de la chose jugée. Cette distinction entre l'appel isolé et l'appel lié à l'instance rentre dans celle que j'ai proposée pour l'essai de conciliation.

(1) V. Theveneau, tit. 24, art. 4, note 2, *in fine;* Arrêtés de M. de Lamoignon, art. 19, et Pothier, Proc. civ. L'ord. de 1539, art. 120, qui défendait de relever contre la désertion d'appel, n'était pas observée en ce point.

On décidait aussi qu'un commandement ou tout autre acte extrajudiciaire isolé ne périmait pas ; dans le ressort de quelques parlements, ils tombaient en surannation, s'ils n'avaient été suivis de poursuites dans l'année (1); mais généralement leur effet se perpétuait pendant trente ans (2); si au contraire le commandement ou la sommation donnait lieu à une opposition sur laquelle s'engageât un procès, la péremption de l'instance entraînait celle de l'acte extrajudiciaire (3). « Quand il y a commandement avec assignation, dit M. de Lamoignon dans l'article 6 de ses Arrêtés, le commandement demeure sans effet après la péremption de l'assignation. » Cette règle est applicable à notre procédure nouvelle. En principe, nous n'admettons ni la péremption ni la surannation des actes extrajudiciaires. Cependant le commandement préalable à la contrainte par corps tombe en surannation et doit être renouvelé après l'expiration d'une année ; le commandement qui précède la saisie immobilière périt de plein droit, et doit être réitéré, si le créancier laisse écouler plus de quatre-

ART. 397.

(1) Notamment en Bretagne.

(2) Par exemple, dans le ressort du parlement de Paris.

(3) V. Melenet, quest. 63.

Art. 397. vingt-dix jours entre le commandement et la saisie : ce sont des dispositions exceptionnelles motivées sur la nature rigoureuse des poursuites que le créancier se propose d'exercer, et qu'il ne faut pas étendre aux actes extrajudiciaires en général. Ainsi, non-seulement un commandement tendant à saisie-exécution, une sommation, ou tout autre acte de mise en demeure, ne seront pas anéantis de droit par l'expiration de trois années, mais encore on ne pourrait en faire prononcer la péremption par le motif qu'ils n'auraient pas été suivis de poursuites ; car ces actes isolés ne peuvent être considérés ni comme le principe ni comme les éléments d'une instance. — Mais une instance s'est-elle engagée sur la validité d'un commandement ou de tout autre acte extrajudiciaire, alors on décidera, comme je l'ai déjà indiqué pour l'essai de conciliation, que la péremption d'instance entraînera l'anéantissement des actes extrajudiciaires qui s'y rattachent. Seulement on devrait restreindre cette solution au cas où la partie qui a signifié l'acte extrajudiciaire serait en même temps demanderesse dans l'instance; ce qui ne pourra guère se présenter que lorsque les actes de cette nature n'auront pas été faits en vertu d'un

titre exécutoire : par exemple, dans le cas prévu par l'article 819 du code en matière de saisie-gagerie, ou lorsqu'il s'agira d'un procès-verbal d'offres suivi d'assignation en validité (1). ART. 397.

Sans nous préoccuper davantage des actes qui précèdent l'instance, supposons l'ajournement signifié et le défendeur légalement appelé devant le tribunal; aucun acte de poursuite n'est fait depuis l'ajournement par l'une ni l'autre des parties ; le défendeur n'a même pas constitué avoué; le temps de la péremption s'écoule : pourra-t-elle être demandée ?

La loi répond affirmativement, et tranche ainsi les dissidences qui s'étaient établies dans les différents ressorts. On s'appuyait sur le texte de la loi romaine : *Lites non ultrà triennii metas post* LITEM CONTESTATAM *esse protrahendas*. « Pour faire une instance, disait Duplessis, il faut qu'il y ait deux parties comparues en

(1) L'ordonnance de 1629, art. 91, avait établi que toutes saisies et arrêts de deniers périraient par trois années, *encore qu'il n'y eût eu aucune assignation donnée en conséquence d'iceux.* Mais cette disposition n'était pas observée, ainsi qu'il résulte d'un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 23 juillet 1707, cité par Rousseaud de Lacombe, v° péremption.

Art. 397. justice, un demandeur et un défendeur, et tandis que le défendeur ne compare point, il est vrai de dire qu'il n'y a point d'instance, ni par conséquent de matière à la péremption (1). » D'autres allaient plus loin, et n'exigeaient pas seulement, pour que la péremption pût courir, la présentation du procureur de la partie assignée; s'emparant de la définition que donnait de la litiscontestation l'ordonnance de 1667 (2), ils posaient en principe que « la péremption s'applique aux seules instances liées par la contestation en cause, qui a lieu par le premier règlement, appointement ou jugement rendu après les défenses fournies (3). »

Cette doctrine, qui laissait en dehors de l'instance l'assignation donnée par le demandeur, ou même les défenses fournies par son adversaire, tant que n'était pas intervenue la parole du juge, avait son origine dans un intérêt purement fiscal.

(1) Consultation XI. — V. aussi Henrys, tom. 2, liv. 4, ch. 6, quest. 101.

(2) « La cause sera tenue pour contestée par le premier règlement, appointement ou jugement qui interviendra après les défenses fournies, encore qu'il n'ait pas été signifié. » (Tit. 14, art. 13.)

(3) Duparc-Poullain, liv. 3, ch. 17, sect. 5, n° 99.

Les assignations se faisaient autrefois en vertu d'un mandement spécial, de lettres ou commissions délivrées par le juge ou son greffier, et même quelquefois en vertu de lettres royaux (1). En assimilant l'exploit d'ajournement aux actes extrajudiciaires, et en ne reconnaissant l'existence de l'instance que lorsque les parties se trouvaient respectivement représentées, on arrivait à soumettre les assignations à la même surannation que les actes extrajudiciaires; il fallait en signifier de nouvelles; et comme le mandement du juge et les lettres royaux n'avaient d'effet que pendant l'année de leur obtention, il fallait se pourvoir de nouveau à la chancellerie ou au greffe, et satisfaire une seconde fois aux exigences bursales (2). Telle fut l'origine de cette doctrine sur la péremption; elle se maintint même après que le mandement du juge ne fut plus nécessaire que lorsqu'il s'agissait d'ajourner les parties devant une juridiction investie du droit de statuer en dernier ressort. Art. 397.

Aussi, dans les parlements où l'on n'admettait pas la surannation des simples procédures, on rejetait cette jurisprudence, qui ne faisait com-

(1) V. tom. 2, p. 79.

(2) V. Loyseau, des Offices, liv. 2, chap. 4, nº 47.

Art. 397. mencer les délais de la péremption qu'à partir de la présentation des procureurs ou de la litiscontestation. C'est ce qui avait lieu dans le parlement de Paris, où l'on repoussait la surannation même pour les actes extrajudiciaires proprement dits. Un arrêt de règlement fut rendu le 28 mars 1692, pour décider quelques points controversés en cette matière; l'art. 1er dispose : « que les instances intentées, bien qu'elles ne soient contestées, ni les assignations suivies de constitution et de présentation de procureur par aucune des parties, seront déclarées péries, en cas que l'on ait cessé et discontinué les procédures pendant trois ans, et n'auront aucun effet de perpétuer ni de proroger l'action, ni d'interrompre la prescription (1). »

Le code de procédure a donné la préférence à la jurisprudence du parlement de Paris, en décidant que toute instance, *encore qu'il n'y ait pas eu constitution d'avoué*, sera éteinte par discontinuation de poursuites pendant trois ans.

(1) Un arrêt du parlement de Paris de l'année 1697 décida cependant que, *dans les causes d'appel*, la péremption ne courait qu'à partir de la présentation des procureurs. Cet arrêt est cité par le président Bouhier, en son Traité de la péremption, qui se trouve à la suite de celui de Melenet.

Si, dans le ressort de quelques parlements, on exigeait, pour donner cours à la péremption, que l'instance se trouvât liée, ailleurs, comme je l'ai déjà dit, on tenait une doctrine diamétralement inverse, et l'on décidait que, dès que la cause avait été contestée, elle ne pouvait plus se périmer. Cette jurisprudence s'était établie sous l'empire de l'édit de 1539; mais l'ordonnance de Roussillon de 1563 la proscrivit formellement en soumettant à la péremption *l'instance intentée* ORES QU'ELLE SOIT CONTESTÉE, c'est-à-dire *quoiqu'elle soit contestée.* Néanmoins on va voir, par le rapprochement des textes de la loi nouvelle et des solutions de l'ancienne jurisprudence, que les divergences n'avaient pas complétement cessé. Art. 397.

Le règlement du parlement de Paris du 28 mars 1692, art. 4, avait déclaré que la péremption n'aurait pas lieu dans les affaires où il interviendrait quelque *appointement ou arrêt interlocutoire ou définitif.* Ainsi, le jugement interlocutoire n'interrompait pas seulement la péremption, il y faisait obstacle pour l'avenir. Cette jurisprudence, qui avait contre elle l'opinion du chancelier d'Aguesseau (1), était

(1) Plaidoyer 58.

ART. 397. aussi celle du parlement de Dijon ; au contraire, les parlements de Toulouse et de Rouen, s'appuyant sur le principe que l'interlocutoire ne lie pas le tribunal qui l'a rendu, et ne forme qu'un simple préjugé en faveur de la partie qui l'a obtenu, décidaient qu'un jugement de cette nature ne peut ni échapper à la péremption, ni empêcher qu'elle ne s'accomplisse. — Mais on s'accordait à reconnaître qu'un simple jugement préparatoire ou d'instruction tombait en péremption comme les actes de la procédure (1).

Une jurisprudence généralement suivie admettait aussi que la mise au rôle empêchait le cours de la péremption, malgré la discontinuation ultérieure des poursuites. Elle s'appuyait sur l'art. 91 de l'ordonnance de 1629, qui, en déclarant que « les causes mises au rôle seraient sujettes à la péremption *à compter du jour que l'on cesserait de plaider lesdits rôles*, » faisait entendre que la péremption était suspendue pendant toute la durée du rôle sur lequel une cause était inscrite. Cette jurisprudence ne s'appliquait que devant les cours souveraines et les tribunaux supérieurs jugeant sur appel.

(1) V. Pothier, Proc. civ. part. 4, ch. 4, sect. 4, § 5.

Les rôles des causes y étaient périodiquement publiés, déposés et suivis selon qu'ils avaient été arrêtés par le président. Le rôle formait donc pour les deux parties une interpellation permanente de se tenir prêtes à plaider (1). Art. 397.

Enfin, lorsqu'il s'agissait d'une affaire *appointée*, soumise à l'instruction par écrit, on tenait que le procès ne pouvait plus se périmer dès que l'affaire avait été mise en état par les parties, c'est-à-dire lorsqu'elles avaient écrit, produit et fait nommer un rapporteur à qui les pièces avaient été remises. Une ordonnance de 1585 consacrait cette règle, mais elle s'appliquait seulement devant les cours supérieures et les présidiaux jugeant en dernier ressort; car, dans un siége *appelable*, une partie dont le procès se trouvait en état pouvait sommer son rapporteur de faire le rapport; tandis que le plaideur, étant tenu d'un plus grand respect à l'égard d'un rapporteur de cour souveraine, eût été répréhensible en lui faisant des sommations; et dès lors aucune négligence n'étant imputable à la partie, parce qu'elle ne pouvait pas agir, elle était à l'abri de la péremption (2).

(1) V. tom. 3, p. 133.

(2) V. Melenet, quest. 59.

Art. 397. Le code a rejeté toutes ces distinctions par la généralité des expressions qu'il emploie : l'instance se périme par la discontinuation des poursuites ; ainsi, tant que l'instance subsiste, la péremption peut l'atteindre. L'instance commence par l'ajournement ; elle se termine par le jugement définitif. A partir de son principe jusqu'à ce qu'elle ait atteint le terme de son développement, l'instance est sujette à péremption.

Les solutions de l'ancienne jurisprudence dérivaient de cette règle du droit romain, que les actions deviennent perpétuelles par la litiscontestation : *Actiones semel inclusæ in judicio salvæ permanent* (1). Mais l'application était fautive, car elle reposait sur une confusion entre le droit et l'instance. Nous tenons encore aujourd'hui que le droit ou l'action, temporaire dans l'origine, se perpétue par la demande ; et l'on verra bientôt l'application de cette règle (2). En effet, tant que subsiste l'instance, l'action est réputée s'exercer d'une manière permanente, et dès lors la prescription ne saurait l'atteindre. Mais autre chose est l'action, autre chose est l'instance.

(1) L. 139, ff. *de regulis juris.*

(2) V. *infrà*, p. 620.

C'est par rapport à l'instance que la puissance de la péremption doit être exclusivement examinée ; peu importe que l'action ait puisé dans la demande ou dans la litiscontestation le principe d'une durée nouvelle ; car l'action n'a pas changé de nature, et le privilége que lui communique l'instance est subordonné à l'existence de celle-ci et s'évanouit avec elle. Art. 397.

Les jugements préparatoires ou même interlocutoires sont des éléments de l'instance; loin de constituer un point d'arrêt dans la procédure, ces sortes de jugements attendent au contraire un complément. L'instance doit poursuivre encore sa marche ; et, si elle reste stationnaire, il y a présomption que la partie abandonne la poursuite, puisque le jugement rendu n'a pas définitivement consacré le droit, et n'a que le caractère d'un acte d'instruction émané du juge. Aussi doit-on décider que non-seulement ces sortes de jugements ne font pas obstacle au cours de la péremption pour l'avenir, mais encore qu'ils sont eux-mêmes soumis à la péremption.

La mise au rôle ne produit plus les mêmes effets que sous l'empire de l'ancienne jurisprudence; il n'y a pas aujourd'hui de rôle fatal. Le décret du 30 mars 1808 établit trois sortes

Art. 397. de rôles : le rôle général, sur lequel sont inscrites les causes dans l'ordre de leur présentation ; le rôle particulier de chaque chambre, contenant les causes qui lui ont été distribuées ou renvoyées par le président ; enfin le rôle des causes affichées, dans lesquelles les avoués sont tenus de poser les qualités et de prendre des conclusions (1). Mais ces dispositions sont purement réglementaires. L'inscription d'une cause sur l'affiche n'est qu'une mesure d'ordre nécessitée par la multiplicité des affaires dont l'instruction se trouverait en même temps terminée ; cette mesure ne modifie en rien l'état de l'affaire, et n'est même pas un préalable indispensable pour qu'elle puisse recevoir jugement ; cela est si vrai, que les articles 79 et 80 permettent de poursuivre l'audience sur un simple acte d'avoué à avoué, après l'expiration des délais pour fournir les défenses et réponses.

Bien plus, on devrait décider que, les qualités eussent-elles été posées et les conclusions contradictoirement prises à l'audience, les plaidoiries même eussent-elles eu lieu, la péremption n'en courrait pas moins à partir de cette manifestation réciproque. On objecterait

(1) Règlement du 30 mars 1808, art. 55, 61, 62, 67, 68, 69. V. aussi la loi du 24 août 1790, tit. 2, art. 18.

en vain que la cause est en état, qu'il n'y a plus rien à faire de la part des plaideurs, et que tout rentre désormais dans le ministère du juge ; la loi a pourvu aux intérêts du plaideur en lui accordant la voie de la prise à partie, lorsque les juges négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées. Proscrivant cette humiliante distinction de l'ancienne jurisprudence, qui mesurait le respect dû à la justice sur l'étendue des pouvoirs attribués à ses ministres, la loi nouvelle donne à la dignité du magistrat, quelle que soit sa juridiction, les mêmes garanties, et aux intérêts du plaideur la même protection. Aussi ce que disait Pothier des procédures faites devant les justices inférieures doit-il s'appliquer aujourd'hui, même lorsqu'il s'agit d'une instance portée devant le juge d'appel : « Les instances sont sujettes à péremption, même après qu'elles ont été mises en état d'être jugées ; car il n'a tenu qu'à la partie de faire juger en faisant une sommation au juge, et en appelant comme de déni de justice, au cas qu'il n'eût pas déféré à cette sommation. *La partie qui n'a pas fait cette sommation doit se l'imputer si l'instance se périme* (1). »

Art. 397. 506.

(1) Procédure civile, part. 1, ch. 4, sect. 4, § 2.

Art. 397. Le jugement définitif, en terminant l'instance, est donc le seul obstacle contre la péremption à venir.

Mais un jugement qui statue par défaut sur le fond de la contestation n'en a pas moins le caractère d'un jugement définitif. Cependant l'opposition peut de nouveau soumettre au même juge la décision du procès, et renouer l'instance en effaçant par une fiction légale le jugement attaqué. Il y a donc à rechercher comment se concilient avec les règles de la péremption, les principes relatifs aux jugements par défaut et les effets de l'opposition.

S'agit-il d'un jugement par défaut faute de comparaître? on sait que la loi nouvelle exige qu'il soit suivi, dans les six mois de son obtention, de certains actes qui manifestent son existence à la partie défaillante; si ces actes n'ont pas été faits, le jugement est réputé non avenu : ce n'est pas là une véritable péremption, car les procédures antérieures au jugement ne sont pas anéanties (1). La loi, en mesurant les délais de l'exécution, a eu plutôt en vue de protéger l'ignorante sécurité de la partie défaillante, que d'attacher à l'inaction du demandeur une pré-

(1) V. tom. 3, p. 53.

somption de renonciation à l'instance. Ainsi le défaut d'exécution pendant six mois n'entraîne pas la péremption de l'instance ; le jugement seul s'efface, et pour que les actes de la procédure fussent périmés, il faudrait que le délai ordinaire de la péremption eût couru à partir du dernier acte qui a précédé le jugement non exécuté. Art. 397.

Le jugement a-t-il été rendu par défaut faute de conclure ? il conservera toute sa force tant qu'il n'aura pas été frappé d'opposition, quel que soit le temps qui s'écoule à partir de la prononciation, sauf toutefois les effets de la prescription libératoire contre l'action qui en résulte. Ainsi, supposez qu'un semblable jugement n'ait pas été signifié, et que les délais de l'opposition ne courent pas contre la partie défaillante ; la péremption ne pourra l'anéantir, car l'instance s'est complétée, le droit a été consacré, et une action nouvelle est née de la décision du juge (1). La partie n'est plus en instance, car elle n'a pas un jugement à obtenir, elle a un jugement à exécuter.

Mais le jugement par défaut faute de com-

(1) Ainsi jugé par arrêt du 22 décembre 1716 du parlement de Paris. V. Denisart, v° péremption, n° 27, et Merlin, v° péremption, sect. 1, § 2, n° 2.

ART. 397. paraître, ou même faute de conclure, a été frappé d'opposition. Supposez que, l'opposition ayant saisi de nouveau le tribunal, les procédures aient été discontinuées pendant le délai de la péremption. Ne pourra-t-on faire considérer comme périmée que la procédure suivie sur l'opposition et l'opposition elle-même ; ou bien la péremption anéantira-t-elle l'instance entière, de sorte que le jugement par défaut doive s'effacer aussi ?

Il semble naturel, au premier aperçu, de faire retomber la présomption de désistement résultant de la discontinuation des poursuites, sur celui qui s'est pourvu devant le tribunal pour obtenir la rétractation d'un jugement par défaut. Placé sous le coup d'une sentence qui le condamne, n'est-ce pas au défaillant qu'est imposée l'obligation de détruire l'autorité de la chose jugée ? Il est donc demandeur sur son opposition ; et s'il est vrai que la péremption emporte l'idée d'un désistement tacite, ne doit-il pas être présumé avoir abandonné la voie de recours qui lui était ouverte et qu'il avait tentée ? Cette solution enfin ne résulterait-elle pas encore du principe précédemment posé, que le jugement par défaut, lorsqu'il statue au fond, a un caractère définitif et met un terme à l'instance ?

Mais ces objections doivent céder à la puissance des raisons contraires. L'opposition, et en cela elle diffère de l'appel, ne crée pas une instance nouvelle. Le jugement par défaut n'avait eu l'effet de clore l'instance que sous la condition qu'il ne serait pas suivi d'opposition. Survient-elle, le jugement s'efface, et les choses sont remises au même état que si la partie avait dès l'origine manifesté l'intention de se défendre. Aussi l'opposition n'est-elle pas une demande, mais une défense contre les conclusions de l'ajournement, qui subsiste toujours comme le principe et la base de l'instance. L'opposition n'a donc d'autre effet que de restituer la partie contre le jugement prononcé en son absence; cet effet produit, c'est au demandeur originaire à poursuivre l'instance que l'opposition laisse inachevée et attendant un dénoûment. Art. 397.

Ainsi tombe l'objection tirée d'une assimilation prétendue entre le désistement exprès de l'opposant et la péremption considérée comme désistement tacite. Car la péremption, en anéantissant l'*instance*, réagit contre le demandeur qui l'a introduite; la loi ne pouvait faire retomber que sur lui seul les conséquences d'une inertie qui n'est pas imputable à celui

Art. 397. qui se défend. Or l'opposition n'intervertit pas les rôles des parties, car c'est toujours la même instance qui continue; c'est donc le demandeur originaire que la loi place sous une présomption de désistement, en cas de péremption de l'instance, de même qu'à lui seul, on le conçoit, il appartiendrait de se désister de l'instance par un acte exprès émané de sa volonté.

Mais, à la différence du désistement tacite résultant de la péremption, le désistement exprès peut ne s'appliquer qu'à un *acte isolé* de la procédure judiciaire; en d'autres termes, le désistement exprès peut être partiel, parce que la volonté exprimée peut s'allier avec des restrictions, tandis que la volonté présumée par la loi n'en comporte pas. Le désistement exprès d'un acte isolé de la procédure, d'une opposition par exemple, peut donc être donné par le défendeur, car l'acte auquel il renonce émane de lui; mais la péremption anéantissant l'instance, ne peut laisser subsister aucun des éléments qui la constituent.

Si l'on objecte que l'existence d'un jugement par défaut, à raison de son caractère définitif, fait obstacle à ce que la péremption puisse réagir sur les actes qui le précèdent, puisque

lui-même est à l'abri de ses atteintes, je répondrai que le jugement par défaut s'efface non par l'effet de la péremption, mais par le résultat légal de l'opposition; que ce résultat est obtenu avant même que la péremption ait commencé à courir, de sorte que la péremption venant à s'accomplir, n'a plus à frapper que l'ensemble des actes de l'instance, comme s'il n'existait pas de jugement par défaut : « Alors, dit Melenet en son Traité des péremptions, ce n'est plus le jugement rendu par défaut qui se périme, c'est la première instance ressuscitée par l'anéantissement du défaut (1). » Art. 397.

Ainsi la discontinuation des poursuites depuis l'opposition signifiée aura pour effet de soumettre à la péremption non-seulement la procédure d'opposition, mais l'instance entière introduite par le demandeur originaire (2).

Il faut cependant remarquer que cette solution est la conséquence de ce principe, que l'opposition efface le jugement par défaut, et continue l'instance, soumise dès lors à la péremption : on ne devra donc l'admettre qu'autant

(1) Quest. 56.

(2) V. arrêts de la cour de cassation du 23 octobre 1810 et du 27 avril 1825.

Art. 597. que l'opposition aura pu produire l'effet légal de renouer l'instance conditionnellement terminée par le jugement de défaut. Une opposition irrégulière en sa forme laisserait dans l'intégrité de leur valeur les faits déjà accomplis, et ne soumettrait pas aux éventualités de la péremption une instance que le défaillant ne peut faire revivre qu'à la condition d'observer certaines formalités légales.

Deux hypothèses peuvent se présenter :

161. Une opposition nulle en la forme a été signifiée; par exemple, elle ne contient pas les moyens de l'opposant. Le demandeur originaire, au lieu de procéder devant le tribunal pour la faire rejeter, reste inactif; le temps de la péremption s'écoule. Lorsque la péremption de l'instance sera demandée contre lui, nul doute qu'il ne puisse la faire rejeter, en soutenant que l'opposition, à raison de son irrégularité, n'a pu, suivant l'expression de Melenet, *ressusciter l'instance*, qui s'est trouvée définitivement close par la prononciation du jugement par défaut. Il n'y a plus de matière à la péremption, rien que ses effets puissent atteindre.

Mais, sur la signification de l'opposition irrégulière, le demandeur a poursuivi l'audience

afin de la faire rejeter ; il a donné des conclusions pour en faire prononcer la nullité, puis trois ans se sont écoulés sans que le jugement soit intervenu, et sans qu'aucun autre acte de procédure ait été signifié. La péremption de l'instance est demandée. Afin d'échapper à ses conséquences, le demandeur originaire pourra-t-il, comme dans l'hypothèse précédente, se prévaloir de l'irrégularité de l'opposition, soutenir que le jugement par défaut subsiste encore, et que l'instance n'a pu revivre? Ne pourrait-on pas répondre que l'opposition a soulevé un débat; qu'elle a été l'objet de conclusions soumises au juge; et que la discontinuation des poursuites ne permet pas d'apprécier, après les délais de la péremption, la question de validité; de sorte que la péremption devrait frapper, avec les actes qui ont suivi l'opposition, ceux qui précèdent le jugement par défaut? — Mais il faut remarquer que la question de validité de l'opposition a un caractère préjudiciel. Aussi, d'après l'ancienne jurisprudence, fallait-il que l'opposant fît recevoir au préalable son opposition; et la décision qui recevait l'opposition quant à la forme, avait l'effet d'anéantir le défaut et de placer les parties au même état que s'il n'y avait pas eu

ART. 397.

Art. 397. de jugement (1). Aujourd'hui c'est une même décision qui reçoit l'opposition et statue sur le fond, et l'on doit attribuer à l'opposition signifiée les effets que produisait autrefois l'opposition judiciairement reçue. Mais, lorsque la validité de l'opposition est contestée, on ne peut lui attribuer provisoirement l'effet d'anéantir le jugement par défaut. C'est à l'opposant à faire juger la régularité de son opposition ; et c'est contre lui et non à son profit que la péremption sera prononcée.

Il faut bien se garder de confondre les effets de la péremption prononcée sur l'opposition à un jugement par défaut, et ceux qu'elle comporte lorsqu'il s'agit d'une opposition à des actes d'exécution faits en vertu d'un jugement définitif. « Les contestations mues sur l'exécution, dit Melenet, sont autres que celles jugées par l'arrêt, lequel est comme un mur de séparation entre les procédures qui l'ont précédé et celles qui le suivent (2). » La péremption ne pourra donc atteindre que l'instance d'opposi-

(1) V. Pothier, Proc. civ. part. 3, sect. 2, § 1er. Cependant le juge pouvait, par le même jugement qui recevait l'opposition, statuer au principal, s'il était en état de recevoir jugement. *Ibid.*

(2) Quest. 32.

tion aux poursuites. Il est vrai que le poursuivant peut être considéré comme un demandeur, en ce sens qu'il exerce l'action qui résulte de son titre; mais, sa demande ayant un caractère purement extrajudiciaire, la péremption ne pourra réagir sur ses actes de poursuite, parce qu'ils se rattachent au titre exécutoire dont il est porteur, et non à l'instance qui a pour objet de les faire annuler (1). Art. 397.

Les jugements *provisoires,* par lesquels un tribunal décide certaines questions détachées de la cause principale, ne sont pas sujets à péremption. C'est qu'en effet ces jugements sont *définitifs* quant à leur autorité et quant aux condamnations qu'ils prononcent. Ils ne sont provisoires qu'en ce sens qu'ils laissent entière la question principale du procès, et que l'intérêt qu'ils présentent disparaîtra lorsque l'instance à laquelle ils se rattachent sera vidée par le jugement du fond. Aussi la péremption qui atteindra l'instance principale sera-t-elle sans influence sur le jugement provisoire précédemment obtenu (2).

Il me reste à examiner les effets de la pé-

(1) V. *suprà*, p. 388.

(2) V. Melenet, quest. 33.

Art. 397. remption quand le jugement définitif est attaqué par les voies extraordinaires de la requête civile ou du pourvoi en cassation (1).

Lorsqu'il s'agit de la requête civile, l'influence de la péremption est plus ou moins destructive, selon qu'elle opère à telle période de la procédure ou à telle autre. Il y a dans la requête civile deux époques différentes, marquées par deux jugements successifs. Un pre-
501. mier jugement reçoit la requête civile et rétracte le jugement attaqué : c'est ce qu'on appelle *le rescindant;* un second jugement substitue une décision nouvelle à la décision ré-
502. tractée : c'est ce qu'on appelle *le rescisoire.* — Si la discontinuation des poursuites a lieu avant la prononciation du rescindant, la péremption n'atteindra que les actes de la procédure en requête civile, car le jugement attaqué subsistant encore n'est pas soumis à ses effets.—Mais si le jugement frappé de requête civile a été rétracté par les juges qui l'ont rendu, et si le délai de la péremption s'écoule, depuis le rescindant, avant qu'une nouvelle décision ait

(1) Je ne parle pas de la péremption en cause d'appel; la loi ayant placé au titre de l'appel des dispositions particulières, je renvoie l'explication aux chapitres dans lesquels je m'occuperai de cette voie de recours.

pris la place de la décision rétractée, la péremption anéantira tous les actes de l'instance originaire, car cette instance, par l'effet du rescindant, est restée indécise; il n'y a plus que des actes de procédure sujets à périr; la péremption sera prononcée contre le demandeur originaire ou l'appelant, c'est-à-dire contre la partie qui, dans le principe, a introduit l'instance, soit devant le tribunal, soit devant la cour. Art. 397.

Quant au pourvoi en cassation, l'instance à laquelle il donne lieu devant la cour suprême est soumise à des conditions particulières d'extinction; je ne m'occuperai de la péremption que pour indiquer ses effets à partir de la *cassation* d'un jugement ou d'un arrêt. Dans ce cas, il ne reste de l'instance originaire que les actes de la procédure; le jugement ou l'arrêt sont anéantis par la cassation. Pour terminer l'instance, il faut se présenter devant les juges auxquels l'arrêt de cassation a renvoyé la cause. — La péremption, si elle vient à s'acquérir, sera prononcée par ces nouveaux juges, car ils sont saisis en vertu de l'arrêt de renvoi; de sorte que la péremption court devant eux, bien qu'il n'y ait eu de la part de l'une ni de l'autre des parties, ni assignation, ni pour-

Art. 397. suite. Il a même été jugé que la péremption courrait, bien que l'arrêt de cassation n'eût pas été signifié; mais il faut restreindre cette décision à l'hypothèse sur laquelle elle a été rendue. C'était un appelant qui avait obtenu la cassation d'un arrêt rendu contre lui. C'était donc à lui de faire les diligences nécessaires pour terminer l'instance que l'arrêt de cassation avait fait revivre, et la signification de cet arrêt était du nombre des actes de poursuite qu'il devait faire comme demandeur sur l'appel (1). On aurait décidé autrement si l'arrêt de cassation eût été demandé et obtenu par l'intimé; la péremption n'eût commencé à courir qu'à partir de la signification; car aucune négligence n'est imputable au demandeur ou à l'appelant tant qu'il ne connaît pas légalement la décision qui lui enlève le bénéfice du jugement qu'il a obtenu; et d'un autre côté la péremption ne peut courir contre le défendeur ou l'intimé, puisque ce n'est pas à lui de poursuivre le jugement de l'instance ou de l'appel.

On a vu par les solutions qui précèdent, à quel moment l'instance est sujette à péremption, à quelle époque elle échappe à ses at-

(1) Arrêt de cass. du 18 fév. 1828; Dalloz, 28, 1, 136.

teintes. Il faut maintenant examiner quelles sont les conditions exigées pour que la péremption soit acquise. Les questions que soulève cet examen se rapportent aux délais, à la suspension ou à l'interruption des délais, aux formes de la demande. Art. 397.

On sait que l'ancienne jurisprudence fixait à trois années le délai de la péremption. Le code a sanctionné cette règle en déclarant l'instance éteinte par discontinuation de poursuites *pendant trois ans*.

A la vérité, on pourrait citer des parlements qui décidaient que l'instance se conservait sans poursuites pendant un délai de trente années; mais c'est à tort que l'on considérerait cette jurisprudence particulière comme ayant introduit, en matière de *péremption*, d'autres délais que ceux fixés par l'ordonnance. Car cette différence dans la durée démontre seulement que la péremption n'était pas admise dans ces ressorts. Ces trente années n'étaient autre chose que le délai d'une véritable *prescription*.

Il en était ainsi dans les parlements de Grenoble et de Besançon : « L'instance des causes commencées en jugement, dit la cou-

Art. 597. tume du comté de Bourgogne, ne sera point périe par interruption de temps jusqu'après trente ans (1). » Cette prescription était suspendue lorsqu'il s'agissait d'un mineur ou de tout autre incapable qui n'était pas soumis à la prescription ordinaire; elle s'acquérait de plein droit comme la prescription ordinaire, et sans qu'il fût besoin de la faire prononcer; enfin, une fois acquise, elle ne pouvait être couverte que par des actes émanés de celui dans l'intérêt duquel elle avait couru; différences importantes qui séparant, ainsi qu'on le verra, la prescription trentenaire de l'instance et la péremption de trois ans, ne permettent pas de les confondre.

Cette prescription de l'instance avait pour origine les traditions du droit romain. La *prescription* correspond à l'idée d'extinction d'un *droit.* Or, d'après les principes de la procédure formulaire, la litiscontestation opérait dans le droit préexistant une véritable novation. Il y avait extinction de l'ancien rapport légal qui unissait les parties, soit que l'extinction eût lieu directement *ipso jure*, soit au moyen d'une exception. Une action nouvelle, soumise à de

(1) Tit. 4, art. 2.

nouvelles conditions de durée, naissait de la litiscontestation, comme d'un contrat, *quasi ex contractu*. Si, dans le dernier système de la procédure romaine, la litiscontestation n'éteint plus l'action primitive, elle conserve toujours l'effet de lier les parties et de faire naître une *obligation* particulière, l'obligation de subir l'instance judiciaire et les effets de la sentence. Cette importance attachée à la litiscontestation avait passé dans notre ancienne jurisprudence. Bien que les effets de la contestation en cause n'y fussent pas parfaitement définis, on lui reconnaissait cependant la puissance de créer, pour les parties, des droits et des obligations réciproques. On comprend donc comment, dans les ressorts où la péremption n'était pas admise, le droit commun permettait de soumettre aux règles ordinaires de la prescription l'instance envisagée comme distincte de l'action. Supposez en effet une action exercée par la demande judiciaire; en dehors de l'instance, le créancier, par des actes conservatoires, a mis son droit à l'abri de la prescription; alors impuissante pour anéantir l'action débattue dans l'instance, la prescription eût pu cependant atteindre l'instance elle-même, restée impoursuivie pendant trente

Art. 397.

ART. 397. années et considérée comme la source d'un droit particulier, c'est-à-dire du droit pour le demandeur, s'il obtient gain de cause, d'être placé par le jugement dans la même position que si son adversaire eût acquiescé à la demande dès le jour où elle a été formée. C'est ce qui fut jugé par un arrêt du parlement de Franche-Comté, du 4 septembre 1703, rendu entre le sieur Lengroignet et les habitants du Val-de-Montmartin : « Par cet arrêt, dit Dunod, l'instance fut jugée périe (dans un cas où il y avait cessation de procédures depuis trente ans), et cependant les actions réservées au sieur Lengroignet pour se pourvoir de nouveau (1). »

Ces principes sont vrais encore aujourd'hui. La nature de l'instance est restée la même, et bien que notre code de procédure ne définisse ni la contestation en cause ni ses effets (2), on ne peut s'empêcher de reconnaître que la demande judiciaire constitue dès l'ajournement des droits

(1) Dunod, des Prescriptions, part. 2, ch. 11.

(2) La cour de cassation, dans ses Observations, article 110, proposait de définir ainsi la contestation en cause : « Il y a contestation en cause, et le juge peut prononcer sur le fond du différend, lorsque le défendeur a donné ou dû donner ses exceptions péremptoires ou ses défenses. »

éventuels, et que les conclusions des parties établissent entre elles ce qu'on est convenu d'appeler le quasi-contrat judiciaire. C'est là ce qui a déterminé quelques auteurs à soutenir que sous l'empire de notre code, à côté de la péremption soumise à certaines règles quant au mode d'acquisition et quant au délai, il fallait admettre aussi la prescription trentenaire de l'instance s'acquérant de plein droit, et régie non par les principes du code de procédure, mais par les textes du code civil (1). ART. 397.

Cependant il ne suffit pas de constater que l'instance est prescriptible de sa nature, il faut encore examiner si la loi n'a pas dû régler d'une manière spéciale les conditions sous lesquelles le temps a le pouvoir de l'anéantir. Et je ne concevrais pas que la loi, ayant organisé sous le nom de péremption une prescription particulière comme moyen d'extinction de l'instance, les plaideurs eussent la faculté de se soustraire aux conditions qu'elle impose, en se plaçant sous la protection des règles ordinaires auxquelles la loi aurait entendu déroger.

Dans l'origine, la péremption n'était en

(1) V. Merlin, v° prescription, sect. 3, § 8, n° 2, à la note.

Art. 397. effet qu'une prescription abrégée; elle n'en différait que sous le rapport des délais, et rendait par conséquent inutile l'application de la prescription ordinaire. Ce fut la jurisprudence des parlements et celle du Châtelet qui introduisirent successivement la règle que la péremption n'avait pas lieu de plein droit, et que jusqu'à ce qu'elle eût été *demandée*, elle pouvait être couverte par un acte valable, émané soit du défendeur, soit du *demandeur originaire*. Mais si, par le résultat de ces doctrines nouvelles, la péremption s'éloigna davantage des caractères de la prescription, elle n'en continua pas moins de subsister comme moyen spécial d'extinction des procédures par la discontinuation des poursuites; et ces innovations ne purent avoir pour effet de replacer sous les règles de la prescription ordinaire, l'instance judiciaire que l'introduction du principe de la péremption avait eu précisément pour but d'enlever à leur empire.

Aussi la prescription trentenaire, considérée comme distincte de la péremption, n'était-elle admise que dans les ressorts où l'extinction de l'instance par le laps de trois ans était rejetée. Car, en l'absence d'un droit spécial, c'était le droit commun qui régissait la durée de l'in-

stance. Mais la loi nouvelle a spécialement déterminé les modes d'extinction de l'instance; la discontinuation des poursuites, quel que soit le laps de temps écoulé, n'entraînera donc l'anéantissement des procédures qu'autant que les parties se trouveront dans les conditions particulières exigées pour que la péremption puisse être prononcée. La prescription proprement dite ne pourra être invoquée que lorsque celle-là ne régira pas les actes. C'est ainsi que, la péremption perdant toute influence dès que le jugement définitif est prononcé, la prescription commence à menacer le droit constitué par le jugement. Art. 397.

Ainsi encore, la péremption n'étant pas admise devant la cour de cassation contre l'instance en pourvoi, c'est par la prescription trentenaire que s'éteindra cette instance, ainsi que l'a jugé la cour de cassation par un arrêt du 16 janvier 1837 (1).

De même, certains actes extrajudiciaires, notamment le commandement tendant à saisie-exécution, n'étant soumis par la loi à aucune condition spéciale d'extinction, la prescription ordinaire éteindra, avec cet acte pré-

(1) Dalloz, 37, 1, 61.

Art. 397. curseur de l'exécution, le droit qu'il a constitué au profit du créancier, de procéder par voie de saisie.

Si maintenant on considère sous un autre point de vue la question relative aux délais de la péremption, une difficulté nouvelle se présente. Supposez que l'action débattue dans l'instance soit une de ces actions dont la durée est limitée à un délai moindre de trois années (1); faudra-t-il restreindre le délai de la péremption d'instance au temps nécessaire pour que l'action se prescrive?

Les explications déjà données suffisent pour résoudre la question. Ne sait-on pas, en effet, que l'action, quelle que soit sa qualité, loin d'exercer une influence sur la durée de l'instance, se perpétue au contraire par la demande considérée comme acte interruptif de la prescription? L'action dure-t-elle trente ans, l'instance n'en reste pas moins soumise, comme distincte de l'action, à une péremption triennale; c'est aussi parce qu'elle ne peut se confondre avec l'action que l'instance reste toujours soumise aux mêmes conditions de durée.

(1) V. cod. civ., art. 559, 1622, 1648, 1676, 2271, etc., et cod. de proc., art. 23.

bien que le droit qui lui sert de base soit soumis à une prescription plus courte; et c'est parce que l'instance est un mode d'exercer l'action, que celle-ci sera conservée tant que subsistera l'instance (1). Seulement cette dernière hypothèse présentera toujours ce résultat particulier, que la péremption de l'instance entraînera nécessairement la prescription de l'action. Art. 397.

A la vérité, ces principes n'avaient passé dans l'ancienne jurisprudence qu'après de longues hésitations. En remontant au XIVe siècle, on trouve établie comme un principe général l'extinction, par interruption annale, de toute instance même contestée (2). — Quelques coutumes avaient conservé cette règle (3);

(1) Voyez une exception remarquable à ce principe dans l'art. 189 du code de comm. Les actions dont il parle se prescrivent par cinq ans, à compter du jour du protêt ou *de la dernière poursuite juridique*, s'il n'y a condamnation, ou si la dette n'a été reconnue par acte séparé. — V. une autre règle exceptionnelle dans l'article 61 de la loi du 22 frim. an VII.

(2) V. Bouteiller, Somme rural, tit. 20, *Quant un procès est interrupt.*—V. aussi Décisions de Jean Desmares, n° 148, et Brodeau sur Louet, let. P, somm. 17.

(3) Cambrai, tit. 26, art. 7; Tournai, tit. 3, art. 1; La Salle de Lille, tit. 25, art. 19; Lille, tit. 10, art. 140; Ponthieu, tit. 15, art. 167.

Art. 397. mais il serait plus vrai de dire qu'elles rejetaient la péremption, tant il était facile de se faire relever des effets de l'interruption annale; aussi la prescription était-elle considérée dans leur ressort comme le véritable moyen d'anéantir l'instance (1). — D'autres enfin, en soumettant à la péremption triennale les instances contestées, n'admettaient l'interruption annale que pour les actes qui précédaient la contestation en cause (2). — Enfin, dans les ressorts bien plus nombreux où la péremption de trois ans était admise sans distinction entre les causes contestées ou non, on soutenait qu'il fallait, pour les actions *annales*, faire une exception à la règle et les considérer comme anéanties par le silence d'une année (3). Il ne faut pas s'étonner de cette confusion. Le président de Lamoignon faisait lui-même une concession à l'erreur, en disant que « les actions qui doivent être intentées dans l'an et jour, ou un moindre temps, sont prescrites par la cessation des poursuites *durant un pareil temps, pourvu qu'il n'y ait point contes-*

(1) Arrêt du parlement de Flandre du 24 juillet 1702; Merlin, v° péremption, sect. 1, § 1, n° 4.

(2) V. *suprà*, p. 590.

(3) V. les autorités citées par Melenet, quest. 67.

*tation en cause;* mais qu'après la contestation la péremption n'est acquise que par la cessation des trois années entières, à compter du jour de la dernière procédure (1). » N'était-ce pas en effet la même confusion entre l'action et l'instance, qui faisait, comme on l'a déjà vu, réagir le privilége de l'imprescriptibilité de l'action sur les actes de la procédure, mis dans ce cas à l'abri des atteintes de la péremption? Art. 397.

Cependant l'opinion qui soumettait à la péremption de trois ans les instances ayant pour origine des actions simplement annales, tendait à prévaloir sous l'empire de l'ancienne jurisprudence (2); à plus forte raison doit-il en être ainsi aujourd'hui, car à l'autorité du raisonnement vient se joindre celle du texte qui soumet à la péremption de trois ans toute instance sans distinction.

(1) Art. 10 de ses Arrêtés. — Il est à remarquer que la cour de cassation proposait un article ainsi conçu: « Lorsqu'il s'agit d'action prescriptible par un temps plus court que celui de trois ans, le délai de la péremption sera le même que celui de la prescription. » (Observations, art. 104, n°5.)

(2) V. Mélenet, quest. 67; il cite un arrêt du parlement de Dijon, du 16 juillet 1717, qui l'avait ainsi jugé.

Art. 397. C'est avec étonnement que l'on voit la cour de cassation ranimer de vieilles controverses et consacrer par ses arrêts une connexité imaginaire entre l'action et l'instance.

S'attachant à cette idée, que l'expiration des délais nécessaires pour éteindre l'action doit exercer une influence sur l'extinction de l'instance, elle posait, dans un arrêt du 2 août 1841, les prémisses que voici : « Attendu que pour bien se fixer sur les effets du concours de la péremption d'instance et de la prescription de l'action, il faut d'abord reconnaître quelle est la nature et l'étendue de la prescription.— Si la prescription de l'action s'acquiert par un temps moindre de trente ans, et que ce temps se soit écoulé, mais qu'une instance ait été dans l'intervalle intentée, et que la péremption n'en ait pas été demandée, l'instance qui ne peut être prescrite que par trente ans empêche l'effet de la prescription de l'action. — Si la prescription de l'action ne s'acquiert que par trente ans, qu'une instance ait été intentée et soit restée suspendue pendant plus de trente ans, alors il n'est plus nécessaire de demander la péremption, la prescription a frappé à la fois et l'action et l'instance, tout est éteint. — Attendu que dans l'espèce actuelle on rencontre

la réunion des deux circonstances, pres- Art. 397.
cription d'instance et prescription d'action; que dès lors la demande (en reprise d'instance) n'a pu empêcher de périr une instance qui était éteinte, et qu'en le jugeant ainsi, l'arrêt attaqué a fait une juste application des principes en matière de péremption et de prescription (1). »

Il y a dans cette décision les tâtonnements et les timidités d'une erreur. — Si la cour de cassation voulait poser en principe qu'une instance est prescriptible de plein droit par l'expiration de trente années, pourquoi donc exiger ces conditions réunies : prescription d'action et prescription d'instance? L'instance sera donc imprescriptible lorsque l'action elle-même le sera? et l'on arriverait alors à reconnaître, avec l'ancienne jurisprudence, que l'instance participe aux priviléges qui protégent le droit, et de plus on consacrerait cette singularité que l'instance imprescriptible, à cause de la nature du droit, serait en même temps sujette à la péremption de trois ans. — D'un autre côté, si la prescriptibilité de l'instance est la conséquence de la prescriptibilité de l'action, pourquoi la prescription de l'in-

(1) Arrêt du 2 août 1841; Dalloz, 41, 1, 309.

Art. 397. stance n'aurait-elle pas lieu avant trente ans, comme le reconnaît la cour de cassation, lorsque le droit est soumis à une courte prescription dont le délai s'est écoulé sans poursuites ?

Cette décision consacre donc des distinctions arbitraires. On n'y rencontre pas l'expression d'un principe, mais l'absence de tout principe. L'instance ne peut être subordonnée à la durée de l'action. La prescription de celle-ci, loin de régir les conditions d'anéantissement de l'instance, subit au contraire leur influence; et, suivant l'expression du savant Henrion de Pansey, la distinction entre les cas où la péremption concourt avec la prescription, et ceux où ce concours n'existe pas, *serait assez bizarre*, « puisque la prescription ne pouvant avoir lieu qu'autant que la péremption d'instance déclarée ferait rentrer le temps de sa durée dans le cours de la prescription, c'eût été alors subordonner *la cause à l'effet* (1). » — Il faut considérer l'instance isolément pour rechercher à quelles conditions elle est anéantie. Ces conditions, la loi les indique, en disant comment la péremption s'acquiert. La péremption acquise, on examinera si les conditions de la prescription sont accomplies; car la péremp-

(1) Arrêt de la cour de cassation; Dalloz, 26, 1, 100.

tion est *la cause* qui dégage l'*effet* de la prescription du droit interrompue par l'instance. Art. 397.

Le délai de trois années se compte jour par jour. On n'y doit pas comprendre le jour où le dernier acte de procédure a été signifié, car on ne peut dire que ce jour-là les poursuites aient été discontinuées ; il faut aussi que le dernier jour des trois années soit accompli pour que la péremption puisse être demandée (1); en un mot, le jour *à quo* n'entre pas dans la supputation des délais, et le jour *ad quem* est encore utile pour interrompre la péremption.

Si l'ajournement n'a été suivi ni de constitution d'avoué, ni de poursuites ultérieures, les trois années courent à partir de la signification, et non pas à compter du jour de l'échéance des délais pour comparaître (2).

Le cours de la péremption peut être suspendu ; il peut aussi être interrompu ; enfin on peut couvrir la péremption acquise.

Les causes de suspension ne résultent pas,

(1) Argument de l'art. 2261 du cod. civ.

(2) C'est ce qui résulte du réglement de 1692, art. 1.

Art. comme en matière de prescription, de l'incapacité de la personne, mais d'un événement 397. accidentel qui la met temporairement dans l'impossibilité d'agir. La suspension n'opère ici que pendant un temps préfixe et déterminé par la loi. Elle ne donne lieu par conséquent qu'à une simple augmentation de délais : le délai de trois ans, dit l'article 397, sera augmenté *de six mois* dans tous les cas où il y aura lieu à demande en reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué.

Autrefois cette cause de suspension était admise, mais avec des effets bien plus étendus; car elle n'entraînait pas une simple prorogation de délais; elle mettait obstacle à la péremption, tant que la partie n'avait pas été assignée en reprise d'instance ou en nouvelle constitution, c'est-à-dire pendant un délai indéterminé (1); on considérait la cessation des

(1) V. Pothier, Proc. civ., part. 1, ch. 4, § 4. — Cependant on suivait une autre règle en Bretagne : « Lorsque quelqu'un de ces incidents arrive, après l'instance contestée, dit Hevin en parlant du changement d'état de la partie ou de sa mort, notre pratique est que tel accident équipolle un exploit ou pièce de procédure,.... et dure trois ans, etc. » (Tom. 1, Remarques, p. 27.) Ainsi ces événements prolongeaient seulement de trois années le délai de la péremption.

poursuites comme n'étant pas imputable à la partie, à raison de son ignorance présumée, soit de l'existence du procès, soit des causes qui la privent d'un représentant. Sous ce rapport l'ancienne jurisprudence se trouve donc modifiée; la cessation des fonctions de l'avoué, son décès, ou le décès de la partie, ne donnent lieu qu'à une augmentation de délai en rapport avec le temps que la loi accorde aux héritiers pour prendre qualité. Art. 397.

On sait que le décès de la partie ne rend *nécessaire* une reprise d'instance que lorsqu'il a été notifié (1); on sait en outre que, si l'affaire est en état, il n'y a lieu dans aucun cas ni à reprise d'instance, ni à constitution de nouvel avoué (2). Faudra-t-il tenir compte de ces principes lorsqu'il s'agira de décider si le délai de la péremption doit s'augmenter de six mois?

Le texte de la loi semble trancher la question : il n'y a lieu à demande en reprise d'instance que lorsque le décès a été notifié; or, l'article 397 n'accorde une augmentation de délais que lorsqu'il y a lieu à demande en reprise d'instance; donc, si le décès

(1) V. *suprà*, p. 183.
(2) V. *suprà*, p. 186.

ART. 397. n'est pas notifié, l'augmentation n'est pas accordée. On peut faire le même raisonnement lorsque l'événement ne survient ou n'est notifié qu'au moment où l'affaire est en état.

Cependant, si l'on recherche l'intention du législateur, on arrive à distinguer.

C'est le défendeur originaire qui est décédé pendant le cours de l'instance. On conçoit que le demandeur ayant la faculté de poursuivre tant que le décès ne lui a pas été notifié, ne peut invoquer la faveur d'une prorogation. Il se trouve dans la même position que si le décès n'était pas survenu. Conservant les avantages de sa liberté d'action, il ne peut réclamer en outre ceux qui résultent d'une disposition exceptionnelle. — Si l'on suppose au contraire que le décès du défendeur ait été notifié, l'instance est interrompue ; il faut, pour qu'elle reprenne son cours, que le demandeur assigne les héritiers en reprise d'instance ; ce changement dans la position respective des intéressés, la nécessité de rechercher les héritiers pour les mettre en demeure de reprendre l'instance, exigent certains délais, et le cours de la péremption sera suspendu pendant six mois (1). Ainsi, dans l'hy-

(1) V. arrêt de Caen, du 18 mai 1838.

pothèse de la mort du défendeur, la solution est donc en harmonie avec les dispositions du code sur la reprise d'instance, c'est-à-dire que la prorogation de six mois est subordonnée à la notification du décès (1). Art. 397.

C'est au contraire le demandeur originaire qui est décédé; le décès n'a pas été notifié. Dans l'examen de la difficulté, il ne faut pas perdre de vue que l'obstacle aux poursuites, qui motive la prorogation de six mois, doit être apprécié eu égard à la partie demanderesse exclusivement, puisque c'est elle qu'il s'agit de protéger contre la péremption. Or, la notification du décès au défendeur n'a qu'un but, c'est de l'empêcher d'agir tant que l'instance n'a pas été reprise. Mais cette notification faite par l'avoué du demandeur décédé ne change pas la position des héritiers de ce dernier. Leur liberté d'action ou leur impossibilité d'agir reste la même; s'ils peuvent agir avant la notification, ils le peuvent encore après. Cependant, puisque la loi

(1) Pour que cette solution présente quelque intérêt, il faut admettre que la notification du décès n'est pas un acte interruptif de la péremption; c'est ce qui a été jugé en effet par la cour de Grenoble, le 14 mars 1822; Dalloz, tom. 11 pag. 196.

Art. 397. leur accorde une protection particulière en prorogeant les délais de la péremption, c'est parce qu'elle suppose apparemment qu'il y aurait des inconvénients à les mettre brusquement en présence d'une péremption prête à s'accomplir, et que les embarras d'une détermination à prendre nécessitent une augmentation de délais. Or, ces raisons n'existent-elles pas par le seul événement du décès notifié ou non (1)?

Il ne faut donc pas s'arrêter à une interprétation trop étroite du texte. Par les expressions qu'il emploie, le législateur n'a eu en vue que de repousser une distinction proposée par M. de Lamoignon dans ses Arrêtés (2), et qui avait pour objet d'attribuer au décès de la partie, et de refuser au décès du procureur, l'effet de suspendre la péremption.

Mais pour achever de se convaincre qu'il ne faut pas s'en tenir au sens littéral de ces mots : *dans tous les cas où il y aura lieu à reprise d'instance, ou constitution de nouvel avoué*, il suffit de se placer dans l'hypothèse

(1) Plusieurs arrêts ont été rendus en ce sens, notamment un arrêt de Poitiers du 22 janvier 1823, et Paris, 28 mai 1838.

(2) Arrêtés, art. 27.

où, soit le décès du demandeur, soit le décès de son avoué serait survenu depuis que l'affaire est en état. Ces événements alors n'exercent aucune influence sur l'instance, et ne donnent lieu ni à reprise, ni à constitution nouvelle. Cependant, si les parties ont accompli leur tâche, et si au juge seul reste une mission à remplir, sa négligence n'en est pas moins imputable au plaideur, auquel la loi confère le droit et les moyens de hâter une justice trop lente (1). Pourquoi, si l'on soumet le plaideur à la péremption quoique l'affaire ait été mise en état de recevoir jugement, ne pas lui tenir compte des obstacles qui surviennent, et qui pourraient dans l'intervalle empêcher temporairement qu'il n'exerce, par des réquisitions légales, le droit de mettre le juge en demeure de prononcer? La prorogation profitera donc dans ce cas au demandeur ou à ses héritiers. Art. 397.

C'est une assez grave question que de savoir si la prorogation de six mois doit avoir lieu lorsque l'événement prévu par l'art. 397 survient depuis l'expiration des délais ordinaires de la péremption ; mais cette question se rattachant aux principes qui régissent l'ac-

(1) En recourant à la prise à partie; v. *suprà*, p. 599.

Art. 397. quisition de la péremption d'instance, je me réserve de l'examiner plus loin (1).

Quelques auteurs ont vu dans le fait des parties qui d'un commun accord surseoiraient aux poursuites pour tenter les voies amiables, une cause de *suspension* des délais de la péremption : « Les parties qui désireraient terminer à l'amiable leurs contestations, dit M. Troplong, pourraient sortir du cercle judiciaire et *suspendre* le cours de la péremption (2). » Cette proposition ne me semble pas exacte. Sans doute, par la volonté des parties l'*instance* peut être suspendue; mais il y a dans cette expression de leur volonté la reconnaissance formelle de l'existence du quasi-contrat judiciaire. La péremption qui aurait commencé à courir sera donc *interrompue*. Un nouveau délai de trois années prendra son point de départ aussitôt que cesseront les causes qui font obstacle à la marche de l'instance. Dans l'intervalle on ne peut pas dire que la péremption soit *suspendue*, car elle n'est pas encore commencée; seulement la cause de l'interruption continue d'exister.

(1) V. *infrà*, p. 651.

(2) De la Prescription, tom. 1, n° 47.

On a fait particulièrement l'application de la doctrine que je combats, au cas d'un compromis intervenu entre les parties, pendant le cours de l'instance. Un auteur moderne, dans un traité de la péremption, exprime ainsi fort clairement son opinion : « Un compromis, tant qu'il dure, a pour effet de *suspendre* le cours de la péremption ; mais lorsque le compromis est expiré, la cause *suspensive* cessant, la péremption continue son cours à dater de l'expiration du compromis. Dans ce cas le délai qui a couru avant le compromis doit être *réuni* à celui qui a couru depuis son expiration, pour déterminer si la péremption est acquise ou non (1). » ART. 397.

En acceptant les termes de la question posée, il faut admettre sans doute que le compromis ne doit pas s'interpréter dans le sens d'un désistement de l'instance déjà pendante ; il faut supposer au contraire que les parties n'ont entendu l'abandonner que conditionnellement, c'est-à-dire dans la prévision que l'instance se terminerait par une sentence arbitrale. S'il en était autrement, la péremption ne pourrait être demandée pour anéantir une instance

(1) M. Reynaud, p. 52.

Art. 397. déjà éteinte par la volonté des plaideurs (1).

Partant de là, je décide que le compromis, quoiqu'il n'ait été suivi d'aucune procédure devant les arbitres, interrompt la péremption commencée, de sorte qu'on ne devra pas réunir au délai qui a pu courir avant le compromis, le délai qui s'est écoulé depuis le compromis expiré. Lorsqu'il s'agit de la prescription ordinaire, on ne considérerait pas comme un acte produisant l'effet interruptif attaché à une *citation en justice*, le simple compromis qui ne serait suivi ni d'assignation, ni de comparution devant les arbitres; tout au plus devrait-on lui attribuer l'effet de suspendre la prescription jusqu'à l'époque où il expire (2). On ne pourrait davantage considérer le compromis comme une reconnaissance du droit de celui contre lequel on prescrit, car il suppose au contraire l'intention de méconnaître ce droit. Mais, ces raisons déterminantes au point de vue de la prescription, disparaissent lorsqu'il s'agit de la péremption de l'instance. *Tout acte valable* est interruptif de la péremption, dès qu'il tend à consacrer l'existence du lien qui unit

(1) V. arrêt de Paris, du 14 août 1809; Dalloz, tom. 11, p. 497.

(2) V. M. Troplong, de la Prescription, t. 2, nº 594.

les parties plaidantes. Le compromis dans les conditions que j'ai supposées, s'il n'emporte pas reconnaissance du droit débattu dans l'instance, implique au moins reconnaissance du quasi-contrat judiciaire déjà formé, et des droits éventuels qui en résultent. Il y a donc interruption des délais de la péremption, et le délai d'une péremption nouvelle ne commencera à courir qu'à l'expiration du compromis intervenu entre les parties (1). C'est ainsi qu'il faut entendre l'opinion de Melenet, invoquée à tort par les auteurs que je combats : « En matière d'instance compromise, elle est conservée par le compromis tant qu'il dure; mais du jour de son expiration, l'affaire retombant en la juridiction où elle était pendante quand les parties compromirent, elle s'y pourrait périmer par une cessation de trois ans (2). »

ART. 397.

De même encore, l'appel dirigé contre un jugement interlocutoire ne suspendra pas seulement les délais de la péremption qui aurait commencé à courir devant les premiers juges; mais il aura pour effet de les interrompre, et la péremption aura pour nouveau point

(1) V. arrêt de Grenoble, du 6 mai 1817; Dalloz, tom. 11, p. 197.

(2) Quest. 45.

ART. de départ la date de l'arrêt confirmatif (1).

399. L'examen de ces questions me conduit naturellement à poser les principes qui régissent l'interruption des délais de la péremption.

La péremption est interrompue avant que les délais ne soient accomplis ; elle se couvre après qu'ils sont expirés. Les actes qui l'interrompent sont les mêmes que ceux qui la couvrent.

La cour de cassation a défini les actes valables, dont l'effet est d'interrompre ou de couvrir la péremption ; ce sont, a-t-elle dit, « les actes de poursuite qui émanent d'une partie en cause et, *qui ont pour objet la continuation de l'instance* (2). » Cette définition est vraie, mais elle n'embrasse pas la généralité des actes capables de produire le résultat indiqué.

Je crois qu'il faut distinguer entre les actes faits par le demandeur et ceux qui émanent du défendeur. Quant aux premiers, il est vrai de dire, avec la cour de cassation, qu'ils doi-

(1) C'est-à-dire la date de la prononciation, si c'est le demandeur originaire qui a obtenu l'arrêt confirmatif; et la date de la signification, si c'est le défendeur originaire. V. une question analogue, *suprà*, p. 612, et un arrêt de Bastia du 17 novembre 1841, Dalloz, 41, 2, 246.

(2) Arrêt du 9 août 1837; Dalloz, 37, 1, 405.

vent avoir pour objet la continuation de l'instance. Le demandeur soumis à une présomption de désistement doit agir pour protester contre elle, et par l'énergie de son attaque se garantir des périls d'une torpeur prolongée. Mais, de la part du défendeur, que faut-il pour interrompre la péremption ou la couvrir? manifester qu'il n'entend pas se prévaloir du temps déjà écoulé; ses actes ne doivent pas avoir un autre caractère. Ainsi tout acte emportant reconnaissance du droit qu'a son adversaire de poursuivre l'instance, suffira pour rendre le défendeur non recevable à demander la péremption, jusqu'à ce qu'un nouveau délai de trois années s'accomplisse depuis cette reconnaissance émanée de lui. Art. 399.

Le demandeur interrompt ou couvre la péremption : en faisant inscrire la cause au rôle; en donnant un *à venir* ou sommation d'audience; en signifiant un acte de révocation ou constitution de nouvel avoué; en sommant son adversaire de communiquer des titres; en faisant procéder à une opération ordonnée; en consignant l'amende à raison de son appel (1). — Peu importerait que l'acte de

(1) V. Dictionnaire général d'Armand Dalloz, v° péremption, n$^{os}$ 140 et suiv.

Art. 399. poursuite fît double emploi avec des actes précédemment signifiés dans la cause: un acte n'en est pas moins valable pour n'être pas admis en taxe; sa signification exclut l'idée de laisser la procédure impoursuivie (1). Il en serait autrement si l'acte était complétement étranger au procès.

Les mêmes actes faits par le défendeur produisent les mêmes conséquences; mais en outre on attribuera des effets équivalents à des actes faits par lui en dehors de l'instance, lorsqu'il en résultera une volonté contraire à la péremption : par exemple, si le défendeur sollicitait par écrit un sursis aux poursuites. Il a même été jugé qu'une transaction intervenue entre les plaideurs, quoique nulle comme ayant pour objet une séparation de corps, fait obstacle à la péremption (2). Cette décision doit être approuvée, car peu importe que la convention fût nulle, quant à son objet principal, puisqu'elle était valable comme emportant de la part du défendeur une renonciation à se prévaloir du temps écoulé sans poursuites.

(1) Arrêt de Toulouse du 5 mars 1835; Dalloz, 35, 2, 141. V. Merlin, v° péremption, sect. 1, § 2, n° 4, 4°.

(2) Arrêt de la cour de cassation, du 8 mars 1831; Dalloz, 33, 1, 96.

Ainsi, les actes valables faits par *l'une ou l'autre des parties* interrompent la péremption en donnant au délai de trois années un nouveau point de départ. — L'acte émane-t-il du demandeur? la présomption d'abandon de l'instance cesse de lui être opposable.— Emane-t-il du défendeur? c'est une renonciation au droit de se prévaloir du temps qui a déjà couru. Art. 399.

Mais on se trouve en présence de règles toutes spéciales, lorsque, supposant le délai de la péremption expiré, on se demande quelle partie peut *couvrir* les conséquences de l'inaction imputable au demandeur originaire.

La loi répond que la péremption se couvre comme elle s'interrompt, par les actes valables émanés de *l'une ou de l'autre des parties*. Le demandeur originaire peut donc se relever lui-même des effets de sa négligence, après être resté plus de trois années sans poursuivre. L'expiration des délais n'est fatale que lorsque le défendeur a manifesté l'intention de s'en prévaloir. C'est par là surtout que la péremption révèle un caractère à part, une originalité distincte.

La discontinuation des poursuites crée un droit au profit du défendeur; lui seul a in-

Art. 399. térêt à s'en prévaloir. On comprend donc que des actes par lui signifiés, depuis l'expiration des délais, en se rattachant à l'instance, soient considérés comme une renonciation au droit de la faire déclarer périmée. C'est ainsi que la renonciation tacite à la prescription peut résulter d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis (1). Mais si la partie qui pourrait invoquer la prescription est libre d'y *renoncer*, il n'appartient pas à l'autre de *couvrir* la prescription contre elle acquise. Le temps a suffi pour accomplir l'extinction du droit; et de tardives manifestations ne rachèteraient pas la faute d'une négligence prolongée et les effets légaux qu'elle a produits. Pourquoi d'autres principes régissent-ils la péremption?

Ce n'est pas tout; si l'on continue le parallèle entre ces deux modes d'extinction du droit et de l'instance, on trouve une autre dissemblance. Il suffit d'*opposer* la prescription; la péremption doit être *demandée*. La prescription a le caractère d'une *défense*; la péremption ne peut être proposée que par voie d'*action*.

Ces différences se rattachent à la partie

(1) Cod. civ., art. 2248.

vraiment théorique de cette matière. La critique s'est emparée des textes pour les signaler comme la reproduction aveugle et irréfléchie d'une jurisprudence vicieuse, imaginée par la perfidie des procureurs, et surprise à la vigilance des parlements (1). Il est vrai que l'ordonnance de 1563 attachait à la seule expiration des délais l'effet d'éteindre l'instance; il est encore vrai que le règlement du parlement de Paris, du 28 mars 1692, n'attribue expressément l'effet de couvrir la péremption qu'aux actes faits *par la partie qui l'a acquise* (2). C'est à une jurisprudence plus récente qu'appartient l'initiative des principes consacrés par notre code; il faut examiner si ces innovations sont en rapport avec le caractère de la péremption ou y répugnent, si elles sont un progrès ou un abus. Art. 399.

C'est vers le milieu du dernier siècle que s'établit dans le ressort du parlement de Paris, pour s'étendre bientôt dans plusieurs autres parlements, le principe que la péremption

(1) Ces plaintes sont exprimées notamment dans un écrit intitulé : Réformes désirables dans les lois sur la procédure, par M. Chardon, pag. 18.

(2) Règlement du 28 mars 1692, art. 4.

ART. 399. n'a pas lieu de plein droit, et que jusqu'à ce qu'elle soit demandée, elle peut être rendue inefficace par un acte valable, soit du défendeur, soit même du demandeur originaire (1).

Le temps avait singulièrement modifié les idées sur la nature de la péremption. On était allé jusqu'à soutenir dans l'origine que non-seulement elle s'acquérait de droit, mais que le juge devait la suppléer d'office, de sorte qu'elle ne pouvait se couvrir par les procédures de l'une ni de l'autre des parties (2). C'était pousser jusqu'à l'intolérance la ferveur pour la règle, et faire de la péremption, au lieu d'un acte tacite de la volonté, une déchéance et une peine. Cette doctrine n'eut guère de sectateurs.

On se contenta d'établir une assimilation entre la péremption d'instance et la prescription du droit, sauf la différence des délais. C'est cette assimilation que consacre le règle-

(1) Le parlement de Paris le jugea ainsi, pour la première fois, par un arrêt rendu en la grand'chambre, le 12 août 1737, sur les conclusions de M. Joly de Fleury. V. Denisart, v° péremption, n° 18. Cette jurispudence fut repoussée par la plupart des parlements du Midi.

(2) V. les autorités citées par Melenet, quest. 68.

ment de 1692 : comme la prescription, la péremption dut s'acquérir par la seule expiration du temps ; comme la prescription, la péremption ne put se couvrir que par les actes de la partie qui l'avait acquise. Mais si, pour justifier cette analogie dans les effets, on peut invoquer l'analogie que présente le caractère de ces modes d'extinction du droit et de l'instance, cependant la différence qui existe entre les choses auxquelles elles s'appliquent, ne devait-elle pas soumettre à des conditions diverses la prescription et la péremption ? Art. 399.

La prescription anéantit le droit du créancier en libérant le débiteur. Son silence a suffi pour opérer un abandon présumé de son droit. Pour que le droit soit éteint, il n'est pas nécessaire que la volonté du débiteur concoure avec la volonté expresse ou présumée du créancier (1). La manifestation d'une volonté n'est utile, de la part du débiteur, que pour restituer le créancier contre l'extinction de son droit consommée par la prescription (2). Et lors même qu'il ré-

(1) A la vérité, la remise de la dette n'opère extinction définitive que lorsqu'elle est acceptée par le débiteur ; mais c'est parce que la remise a le caractère d'une libéralité, caractère que ne comporte pas l'extinction résultant de la prescription.

(2) Code civil, art. 2220 et 2221.

ART. 599. sulterait d'un contrat unique des droits pour chacun des contractants, la prescription pourrait éteindre séparément le droit de l'un, tandis que le droit de l'autre serait préservé de ses atteintes; car l'un peut renoncer à son droit, et l'autre conserver le sien. La prescription pourrait aussi éteindre cumulativement les droits de tous les contractants, car chacun d'eux, en sa qualité de créancier, est soumis à la présomption résultant de sa négligence.

Mais la péremption n'anéantit pas le droit particulier de tel ou tel plaideur. C'est l'instance qu'elle éteint. Une sorte de contrat s'est formé entre les plaideurs, qui constitue pour l'un et l'autre des droits et des avantages réciproques. La péremption ne dépouillera pas seulement le demandeur des droits particuliers que fait naître l'instance en sa faveur, elle dépouille aussi le défendeur des avantages de sa position et des ressources que les procédures peuvent fournir à sa défense : on sait que les aveux et les reconnaissances s'effacent avec l'instance, quelle que soit la partie dont ils émanent. Supposez encore que le demandeur, ayant fait ordonner une enquête, soit déchu, par l'expiration des délais, du droit d'y faire procéder, et vous comprendrez l'intérêt que peut avoir

le défendeur à maintenir l'instance; car, si la péremption avait lieu, son adversaire, en introduisant une instance nouvelle, échapperait à la déchéance qu'il avait d'abord encourue. Art. 399.

Les conséquences sont faciles à tirer.

Melenet les avait entrevues, lorsque, voulant définir la péremption, il la nomme une *prescription synallagmatique* (1); c'est-à-dire que la péremption ne peut pas diviser ses effets pour laisser subsister les actes de l'un, en détruisant ceux de l'autre; et la réciprocité qui s'est rencontrée dans la création des droits se retrouvera dans leur extinction. L'instance ayant créé des droits aux deux plaideurs, ne peut être éteinte dans son ensemble par la volonté ni par le fait d'un seul. Il faut pour l'anéantir que les volontés concourent, ou que la présomption de la loi y supplée pour l'une et l'autre des parties.

Mais l'expiration des trois années, sans poursuites, ne fait présumer un désistement que de la part du demandeur originaire. Le silence de celui qui se défend ne peut équivaloir à une désertion de l'instance; son rôle comporte l'inaction tant que l'attaque som-

(1) V. sa quest. 52. Il explique sa pensée en disant « que l'un ne peut acquérir la péremption contre l'autre, tandis que celui-ci ne la peut acquérir contre le premier. »

ART. 399. meille : en s'abstenant il fait acte de prudence et de circonspection, mais non de négligence. — Aussi le demandeur n'a-t-il pas le droit de faire prononcer la péremption contre le défendeur originaire, celui-ci fût-il même demandeur par reconvention ou incidemment appelant (1). La qualité de défendeur domine toujours, car la reconvention tend à neutraliser la demande originaire, et l'appel incident puise lui-même ses conditions de recevabilité dans la validité de l'appel principal auquel il est présumé se rattacher. Le demandeur ou l'appelant principal ne pourrait se prévaloir de la péremption que lorsque, s'étant désisté de sa demande ou de son appel, trois années se seraient écoulées sans poursuites depuis que son désistement a réduit les éléments de l'in-

(1) C'est parce que la péremption ne peut être prononcée contre un défendeur, qu'il a été jugé qu'une procédure d'ordre n'est pas sujette à péremption, sur le motif que chacun des créanciers appelés à y prendre part y figure *dès l'origine* comme demandeur et comme défendeur : demandeur aux fins de sa collocation, défendeur aux fins de repousser les collocations qui tendraient à repousser la sienne. J'apprécierai au titre de l'Ordre la vérité de ce principe. V. un jugement du tribunal de Bayonne et l'arrêt de la cour de Pau, qui l'a confirmé le 6 mars 1839; Dalloz, 39, 2, 161.

stance aux seules conclusions reconventionnelles ou à l'appel incident. Autrefois on tenait que le demandeur principal pouvait demander la péremption de sa propre instance, pour n'en pas payer les frais (1). Le code ne permet plus d'invoquer cet intérêt secondaire; il soumet le demandeur principal au payement de *tous les frais* de la demande périmée. Art. 399. 401.

En résumé, c'est l'instance que la péremption doit effacer; pour produire cet effet, il faudrait, à défaut du concours des volontés expresses, une présomption légale qui agît à l'égard de l'une et de l'autre des parties. Mais l'expiration des trois années n'élève une présomption d'abandon de l'instance qu'à l'égard du demandeur originaire. A cette volonté isolée que présume la loi, doit se joindre la volonté expresse du défendeur, puisque la loi ne pouvait attacher à son silence la même présomption. Sa volonté d'accéder à l'anéantissement de l'instance se manifestera par la demande en péremption.

Jusqu'à cette demande formée, l'instance continue d'exister. L'expiration des trois années équivaut à un désistement proposé, mais non

(1) Mélenet, quest. 72.

Art. 399. pas encore accepté. Il n'existe de lien entre les parties que par l'acceptation manifestée conformément à la loi. Dès lors, les conséquences se présentent d'elles-mêmes. Le demandeur n'étant pas lié par la seule expiration des délais peut agir en sens inverse de l'intention que la loi présume, de même qu'il pourrait, avant qu'il ne soit accepté, rétracter le désistement exprès qu'il aurait signifié (1). Ainsi se justifie cette disposition du code : « La péremption n'aura pas lieu de droit ; elle se couvrira par les actes valables faits par l'une ou l'autre des parties avant la demande en péremption. » Les actes faits par le demandeur sont une rétractation du désistement présumé; ceux du défendeur, un refus de l'accepter (2).

(1) V. le chapitre qui suit.

(2) L'art. 330 du code civil présente une hypothèse dans laquelle la péremption a lieu *de droit*, c'est-à-dire par le fait seul d'avoir laissé passer *trois années sans poursuites*. Le code de procédure n'a pas dérogé à cette règle : *Lex generalis non derogat speciali*. Peut-être devrait-on voir dans l'article 330 une exception d'une autre nature aux effets ordinaires de la péremption, et lui donner dans ce cas particulier l'effet d'éteindre l'action elle-même. L'examen de cette question serait en dehors de la matière que j'explique. Voir Zachariæ, tom. 3, § 547 *bis*, notes 6 et 7.

C'est sous l'influence de ces principes qu'il faut examiner si les événements qui donnent lieu à reprise d'instance ou à constitution de nouvel avoué, survenant depuis l'expiration du temps nécessaire pour acquérir la péremption, mais avant qu'elle n'ait été demandée, feront obstacle, pendant un nouveau délai de six mois, à la demande en péremption. ART. 399.

La prorogation est motivée sur des difficultés de position qui ne laissent pas au demandeur la liberté d'agir. Lorsque ces difficultés surviennent avant les délais expirés, six mois de prorogation lui sont accordés pour user du droit d'interrompre la péremption; après les délais ordinaires, la péremption ne peut plus être interrompue, mais elle peut être couverte, car il n'y a pas encore au profit du défendeur un droit définitivement acquis. Le demandeur aurait le droit de prévenir la demande en péremption, et cependant, si la prorogation ne lui était pas accordée, il se trouverait par un fait accidentel dans l'impossibilité de l'exercer. Sans doute l'événement qui donne lieu à reprise d'instance ou à constitution de nouvel avoué ne couvre pas la péremption après les délais, pas plus qu'il ne l'interrompt avant qu'ils ne soient expirés;

Art. 399. mais de même que l'événement suspend le cours incomplet de la péremption, de même il suspend le droit de la faire prononcer, lorsque ce droit n'est pas encore exercé au moment où se trouve modifiée la position judiciaire des parties (1).

Les règles établies pour l'acquisition de la péremption reposent principalement sur cette idée, que l'instance ne peut être partiellement éteinte par la discontinuation des poursuites. On en a fait une sorte d'axiome, et la plupart des commentateurs, pour généraliser cette pensée, proclament que *l'instance est indivisible.* Les exagérations n'ont pas fait défaut au développement de la maxime, et s'il fallait juger de son exactitude par les conséquences que la jurisprudence a consacrées, on pencherait vers le doute, et peut-être irait-on jusqu'à l'incrédulité (2).

Mais si l'on considère le principe en lui-même, à part les effets qui lui sont attribués, peut-il résister aux efforts d'une sévère analyse? Si l'instance est indivisible, cette qua-

(1) Arrêt de la cour de cassation, du 5 janvier 1808, et de Paris, 28 mai 1838.

(2) V. les arrêts cités au Dictionnaire de procédure de MM. Bioche et Goujet, v° péremption, n^os 91 et suiv.

lité qui lui serait inhérente s'opposerait donc à ce qu'elle pût être considérée comme susceptible de parties, car c'est le propre de l'indivisibilité, que la chose ne puisse subir un retranchement, sans perdre en même temps ses conditions d'existence. Art. 399.

Cependant, la volonté des parties ne peut-elle pas diviser l'instance, soit par rapport aux actes, soit relativement aux personnes? Pourrait-on soutenir que leur consentement réciproque ne puisse détruire une partie des procédures et laisser subsister le reste, que le demandeur ne puisse se désister de l'instance vis-à-vis l'une des parties et la maintenir à l'égard des autres? L'instance n'est donc pas indivisible, puisque sa nature ne répugnerait pas à une extinction partielle, résultat d'une volonté commune. Et comment en serait-il autrement? L'instance n'est pas créée d'un seul jet, mais laborieusement complétée par les actes successifs des parties; et cette superposition des procédures se prête à une extinction divisée, parce que l'édifice s'est formé par intervalles et pour ainsi dire pièce à pièce.

Si la péremption éteint nécessairement l'instance dans son ensemble, et si l'on ne peut

ART. 399. concilier les effets qu'elle produit avec l'idée d'une conservation partielle des actes de la procédure, ce n'est donc pas *l'indivisibilité de l'instance* qui impose ce résultat. C'est que le désistement tacite du demandeur principal est présumé donné sous une condition : c'est-à-dire que *les choses soient remises au même état que s'il n'eût pas engagé l'instance.* En demandant la péremption, le défendeur souscrit à cette condition. De sorte que ce n'est pas la nature de l'objet soumis à l'anéantissement, mais la volonté des parties qui produit l'indivisibilité. C'est le mode d'extinction, et non l'instance, qui présente un caractère indivisible (1).

Cette observation conservera toute sa force, même dans l'hypothèse où le droit débattu dans l'instance porterait sur une chose indivisible. M. Pigeau veut qu'alors l'indivisibilité de l'obligation primitive réagisse sur l'instance, pour lui communiquer le même caractère d'in-

(1) Pour prouver l'indivisibilité de l'instance, on argumente ordinairement des articles 151 et 153 du code de procédure; mais ces dispositions ont uniquement pour but d'éviter que, dans le cours de l'instance, les juges ne soient exposés à prononcer deux ou plusieurs jugements en sens contradictoire.

divisibilité (1). Cette distinction doit être rejetée. Sans doute l'instance produit alors un effet particulier, celui d'interrompre la prescription, même à l'égard des codébiteurs qui ne seraient pas compris dans les poursuites judiciaires (2). Mais il ne faut pas en conclure que l'instance soit indivisible ; car l'action *judicati* qu'elle tend à obtenir est essentiellement divisible quant aux personnes, et peut frapper isolément l'un des débiteurs, en laissant les autres sous l'empire des effets de l'obligation primitive (3). Art. 399.

Il n'est donc pas vrai de dire que l'instance soit indivisible ; et si la péremption ne peut divisément l'éteindre, c'est un effet attaché par la loi à la volonté présumée de ceux entre lesquels s'est formé le quasi-contrat judiciaire.

C'est sous l'empire de ces idées qu'il faut résoudre les questions que soulève le concours de plusieurs demandeurs ou de plusieurs défendeurs dans l'instance dont la péremption est demandée.

La cour de cassation a rendu sur ce point

(1) Commentaire, tom. 1, p. 677. M. Reynaud fait la même distinction, p. 151.

(2) Cod. civ., art. 2249.

(3) Argument de l'art. 1225 du cod. civ.

ART. 599. un arrêt de doctrine, à la date du 6 janvier 1841 (1). Elle a pris pour base de sa décision le principe de l'indivisibilité des procédures ; et je serais porté à croire qu'elle est arrivée à des conséquences erronées comme le principe.

Son système peut se résumer ainsi : L'indivisibilité de l'instance profite aux demandeurs, en ce sens que si la péremption ne peut être prononcée contre l'un d'eux, elle ne peut l'être contre les autres. — Si la péremption est acquise vis-à-vis de tous les demandeurs, et qu'un seul défendeur demande qu'elle soit prononcée, l'instance est éteinte même à l'égard des défendeurs qui n'ont pas demandé la péremption.

Je ne saurais admettre aucune de ces propositions.

La péremption, dit-on, a pour but d'éteindre le procès, et ce résultat étant impossible quand un des demandeurs originaires a conservé son droit, il n'y a pas d'intérêt à rendre une décision qui ne fait que diminuer le nombre des parties en cause (2). Sans doute

(1) Dalloz, 41, 1, 87.

(2) V. les conclusions de M. l'avocat général Delangle, sur lesquelles a été rendu l'arrêt du 6 janvier 1841.

la péremption a pour résultat d'éteindre les procès; mais ce résultat n'est-il pas obtenu lorsque les rapports judiciaires se trouvent brisés entre deux plaideurs? L'instance, objecte-t-on, subsiste encore; oui, mais non pas entre les mêmes parties; les demandes formulées dans une instance unique eussent pu se produire séparément dans des instances différentes, pourquoi ne pourraient-elles pas s'éteindre séparément et l'une indépendamment de l'autre? Si le principe de l'indivisibilité avait cette singulière puissance que lui attribue la cour de cassation, il faudrait décider que la demande en péremption formée par le garant contre le garanti, serait mise en échec par les actes qu'a signifiés, non le demandeur en garantie, mais le demandeur originaire. Il y a bien dans ce cas unité de l'instance qui doit se terminer par un jugement unique; mais n'est-elle pas évidemment divisible, puisque le contrat judiciaire qui lie le garant au garanti est complétement étranger au demandeur originaire? La volonté présumée du plaideur qui exerce ou discontinue les poursuites ne peut avoir d'influence que sur le contrat judiciaire créé par sa volonté. — En résumé, je pense que la péremption peut éteindre l'instance à l'égard

Art. 399.

Art. 399. d'un demandeur, alors même qu'elle ne pourrait être prononcée contre les autres. L'instance entière est éteinte en ce qui le concerne, car *il est dans la même position que s'il ne l'eût pas introduite.*

Passant à l'hypothèse où plusieurs défendeurs sont parties dans une même instance, la cour de cassation s'est trouvée en présence des difficultés que fait naître le principe de l'indivisibilité. Pour que la péremption puisse être demandée, il faut, suivant sa doctrine, que la discontinuation des poursuites ait eu lieu à l'égard de tous les défendeurs; comme conséquence, il fallait exiger en outre que la péremption fût demandée par tous les défendeurs conjointement; car, si l'un d'eux refusait de s'en prévaloir, l'indivisibilité de l'instance devrait faire obstacle à une extinction partielle. Pour échapper à cette conséquence qui subordonnerait les droits de l'une des parties au caprice ou à l'intérêt de l'autre, la cour de cassation proclame que le silence de l'un des défendeurs *ne peut nuire à son litis-consort*, tandis qu'au contraire *son activité lui profite;* c'est-à-dire que, lorsqu'il y a eu discontinuation de poursuites vis-à-vis de tous, il suffit qu'un seul ait de-

mandé la péremption pour que l'instance soit éteinte et ne puisse plus revivre à l'égard des autres. Art. 399.

Au principe posé par la cour de cassation, il serait facile de répondre par cette règle dont l'application serait moins douteuse : *Res inter alios acta, aliis* NEC NOCET, NEC PRODEST. Mais, sans recourir à des principes généraux, ne trouve-t-on pas dans les dispositions spéciales de la matière la réfutation de son système?

Aux termes de la loi, la péremption doit être demandée ; et j'ai cherché à démontrer que cette demande avait le caractère d'une acceptation par le défendeur, du désistement présumé de son adversaire. Tant que la demande en péremption n'a pas été formée, l'expiration des délais ne constitue pas un droit acquis. Cependant la cour de cassation veut, lorsqu'il y a discontinuation de poursuites à l'égard de tous les défendeurs, que la demande en péremption formée par l'un d'eux éteigne l'instance pour toutes les parties, de sorte que la péremption ne puisse être couverte ni par les actes du demandeur, ni par les actes des autres parties défenderesses. La vigilance de l'un des défendeurs profite aux autres, dit la cour de cassation; je réponds

Art. 399. qu'elle leur nuit, si la péremption doit éteindre l'instance à leur égard, sans le concours de leur volonté. Chacun des défendeurs est juge de l'opportunité de la demande en péremption respectivement à ses intérêts. Un intimé en cause d'appel se verra donc enlever le droit de former un appel incident, par l'effet de la péremption prononcée sur la demande d'une autre partie? loin de lui profiter, l'anéantissement de l'appel principal peut lui causer un notable préjudice. D'ailleurs la demande n'étant formée ni par lui, ni contre lui, il faut bien reconnaître qu'il y aurait à son égard une péremption de droit, et c'est précisément ce que la loi nouvelle ne permet pas de consacrer.

Cependant, il ne faut pas que le droit du défendeur soit paralysé par le refus d'un concours qu'il ne peut exiger des autres défendeurs. — J'en conviens; mais qu'on abandonne cette malencontreuse doctrine de l'indivisibilité, et tout obstacle disparaît. La question fut plaidée au grand conseil le 25 octobre 1708. Me Mahieu, avocat du demandeur originaire, disait que, n'y ayant qu'une même instance, la péremption ne pouvait être demandée par une partie sans être demandée

par les autres. Me Lepaige répondit *qu'une partie avait la liberté de demander la péremption, et que les autres étaient toujours en état d'y conclure.* La péremption fut prononcée au profit de sa partie (1). Cette décision est d'autant plus remarquable, qu'alors la péremption s'acquérait de plein droit ; et cependant il fallait que la partie manifestât l'intention de s'en prévaloir, pour qu'elle fût prononcée par le juge. Art. 399.

La péremption brise le quasi-contrat judiciaire, et l'indivisibilité n'a pas d'autres effets que de soumettre les droits respectifs des parties, entre lesquelles la péremption est prononcée, à une complète extinction ; de sorte qu'elles se trouvent dans la même position qu'avant la demande formée par l'une contre l'autre. Mais ces effets peuvent parfaitement se concilier avec la conservation de l'instance à l'égard des autres parties, soit qu'il y ait eu des actes interruptifs de la péremption, soit qu'elle ait été couverte par des actes signifiés aux autres défendeurs, même depuis la péremption demandée par l'un d'eux.

La doctrine de l'indivisibilité s'est produite

(1) Brillon, v° péremption, n° 5 *bis*.

Art. 399. encore sous un autre aspect. Lorsque dans le cours d'une instance il a été rendu un jugement définitif sur quelque point du procès, et que les juges ont sursis à statuer ou ordonné une instruction pour le surplus, la péremption qui ne peut plus atteindre la portion du procès définitivement jugée pourra-t-elle anéantir celle qui reste soumise aux juges?

On s'accorde à reconnaître que si le jugement définitif ne touche pas au fond du procès et ne statue que sur la compétence, sur une nullité ou sur une fin de non-recevoir, il ne fera pas obstacle à la péremption pour l'avenir (1). Mais il y a plus de difficulté lorsqu'il fixe définitivement entre les parties un des points du litige. Ainsi la cour de Toulouse a décidé qu'un jugement ordonnant l'estimation des biens dont le partage est demandé empêche pour l'avenir la péremption de l'instance, parce que ce jugement est définitif en ce sens qu'il reconnaît bien fondée la demande en partage, et que *l'instance ne peut exister pour une partie et n'exister pas dans une autre partie* (2).

(1) Arrêt de Nîmes, 22 mai 1826; Toulouse, 2 fév. 1828.

(2) Arrêt de Toulouse, du 22 février 1825; Dalloz,

Si cet arrêt s'etait borné à décider que les actes antérieurs au jugement sont conservés et mis à l'abri de la péremption à raison de son caractère définitif, dont l'effet est de clore cette première période du procès, je ne verrais aucune difficulté à reconnaître la vérité de ce principe. Mais l'arrêt a une tout autre portée; il décide que *le chef interlocutoire participe à l'avantage accordé au chef définitif*, de sorte que l'instance n'est plus soumise à la péremption pour l'avenir. ART. 399.

Je ne saurais me rendre à cette décision. Le jugement avait consacré le droit de réclamer le partage des biens indivis; de ce jugement soumis désormais à la seule prescription trentenaire, naissait le droit de faire procéder au partage effectif. La partie interlocutoire du jugement n'avait pour objet que de régler le mode d'exécution. Or on a vu que l'instance sur l'exécution se périme séparément de l'instance terminée par le jugement (1), et, s'il en est ainsi lorsque l'exécution, extrajudiciaire dans le principe, a soulevé une contestation judiciaire,

25, 2, 201. Un arrêt de la cour de cassation, du 19 décembre 1837, a jugé dans le même sens; Dalloz, 38, 1, 40.

(1) V. *suprà*, p. 608.

ART. 399. il est difficile de comprendre qu'il en puisse être autrement lorsque le jugement comporte une exécution judiciaire dès l'origine. Sans doute l'action résultant du jugement, et le jugement lui-même, ne subiront pas directement les effets de la péremption, car la partie qui l'a obtenu pourra, pendant trente ans, recommencer une nouvelle instance d'exécution; mais la discontinuation des poursuites éteindra l'exécution commencée; et même les chefs du jugement, qui n'ont pour objet que de préparer ou d'organiser cette exécution, se périmeront, sauf à faire prononcer un nouvel interlocutoire (1).

Les règles que j'ai posées sur l'effet que produit la péremption d'anéantir entre les parties l'ensemble des actes de l'instance ne reçoivent pas ici de modification, car il n'y a d'instance que sur la partie des conclusions qui reste encore soumise aux juges. On ne peut donc pas dire que la péremption laisse subsister l'instance pour partie et l'éteigne pour l'autre partie (2).

(1) V. un arrêt conforme de Grenoble, 22 décembre 1824; Dalloz, t. 11, p. 189.

(2) Une cour royale est allée jusqu'à juger que la péremption de l'instance d'appel ne doit pas être prononcée

Telles sont les restrictions auxquelles j'ai cru devoir soumettre, soit relativement aux personnes, soit relativement à l'instance elle-même, les effets de la péremption considérée comme produisant une extinction entière et absolue. Je ne me dissimule pas que les solutions qui précèdent ne sont qu'une protestation trop tardive pour être efficace contre les tendances d'une jurisprudence depuis longtemps établie; car, ainsi que l'a dit un auteur, « on ne combat pas toujours avec succès les préjugés auxquels on a laissé quelquefois accoutumer les juges, faute par ceux qui défendent les causes d'avoir fait sentir les exceptions d'une règle qui est trop indéfinie dans les livres de jurisprudence (1). » Art. 399.

J'arrive aux formalités de la demande en péremption. 400.

Cette demande se forme par requête d'avoué à avoué (2). Elle se rattache à l'instance intro-

lorsqu'elle laisserait subsister l'instance devant les premiers juges; Riom, 30 janvier 1815. Cet arrêt établit ainsi une indivisibilité entre l'instance d'appel et celle qui est pendante devant les juges inférieurs.

(1) Mélenet, Traité de la péremption, quest. 25.

(2) Cette requête ne peut excéder six rôles, art. 75 du tarif. — La cour de Riom a jugé que cette requête

Art. 400. duite, puisque sa cause est dans l'existence de celle-ci; d'un autre côté l'avoué, ayant mandat pour procéder dans l'instance, a pouvoir de conclure à la péremption ou de la contester, parce que ce mode d'extinction de l'instance est essentiellement judiciaire. Tel est le motif pour lequel cette demande doit être présentée dans la forme incidente de la requête.

Je ne crois pas cependant que cette forme ait rien de substantiel. Un simple acte de conclusions remplirait le but de la loi, et l'on doit rejeter un arrêt de la cour de Toulouse, du 13 juin 1832, qui décide le contraire. Mais il est évident que de simples conclusions verbales ne seraient pas suffisantes, car il ne faut pas confondre la demande en péremption avec les demandes incidentes qui, n'étant qu'un développement de l'instance principale, peuvent être ainsi présentées. La demande en péremption constitue une action nouvelle, et ne peut être considérée comme un développement des conclusions signifiées sur le fond (1).

doit être présentée au président pour obtenir son ordonnance permettant de former la demande. C'est une erreur. V. *suprà*, p. 158, et un arrêt de cassation du 3 février 1835; Dalloz, 35, 1, 41.

(1) V. *suprà*, p. 144.

Aussi a-t-il été décidé qu'une demande en péremption était soumise elle-même à la péremption, de sorte que le demandeur originaire retrouvera le droit qu'il avait perdu de couvrir la péremption de sa propre instance (1). En effet, bien qu'elle se présente sous la forme incidente, la demande en péremption ne fait pas corps avec la demande originaire, ce qui explique comment elle peut se périmer séparément de celle-ci. ART. 400.

Mais une difficulté plus grave en ce qui concerne la forme, est de savoir si la demande en péremption peut être valablement formée par ajournement à domicile. La loi indique cette marche, au moins implicitement, lorsque l'avoué du demandeur originaire est décédé, interdit ou suspendu *depuis* le moment où la péremption a été acquise (2). Dans ce cas,

(1) Arrêt de la cour de cassation, du 19 décembre 1837; Dalloz, 38, 1, 40.

(2) L'article 400 ne parle que du cas où la cessation des fonctions de l'avoué aurait eu lieu *depuis la péremption acquise;* il est évident que la même marche devrait être suivie, si les fonctions de l'avoué avaient cessé *avant la péremption acquise*, et s'il n'avait été remplacé depuis. Dans le projet du code, la cessation des fonctions de l'avoué, survenant pendant les délais, devait suspendre la péremption jusqu'à constitution de nouvel avoué; la

Art. 400. c'est une nécessité de recourir à la forme principale de l'ajournement. S'ensuit-il qu'il faille prononcer la nullité, si la demande est ainsi formée contre une partie représentée dans l'instance? Je ne le crois pas. La forme plus expéditive de la requête paraît introduite dans l'intérêt du demandeur en péremption, qui peut ainsi former sa demande à jour fixe, aussitôt les délais expirés (1). M. Chauveau soutient l'opinion contraire, mais ses idées ne paraissent pas bien arrêtées sur la nature de la demande en péremption. Dans une des questions qu'il pose, il s'exprime ainsi : « La péremption n'introduit pas d'instance, c'est un moyen accordé par la loi au défendeur pour repousser la demande; *c'est une exception.* » Dans la question suivante, il dit « que la demande en péremption est une *demande nouvelle;* mais, à cause des *rapports intimes qu'elle a avec l'instance originaire,* soumise à des règles

rédaction de l'article 400, qui n'a pas subi de modification, se conciliait parfaitement avec ce système. — V. Locré, Esprit du code de proc., tom. 2, p. 68.

(1) En cas de doute sur la priorité de date entre la demande en péremption et l'acte qui la couvre, c'est à celui qui veut se prévaloir de la péremption, à prouver comme demandeur l'antériorité de sa signification. V. Merlin, v° péremption, sect. 1, § 2, n° 4, 9°.

spéciales. » Un peu plus loin : « Il est à remarquer que la péremption n'est *ni une défense*, *ni une exception* ; c'est une *demande principale*, *absolument distincte de l'instance* qu'elle tend à faire déclarer anéantie (1). » A vrai dire, la demande en péremption, quoique soumise à la forme incidente dans l'intérêt de celui qui veut s'en prévaloir, comporte par sa nature la forme principale. La signification à domicile est de droit commun, et lorsque la loi n'impose pas *à peine de nullité* un autre mode de procédure (2), il n'est pas permis au juge de suppléer une sanction qui n'est pas écrite dans la loi. Art. 400.

Cette forme de l'ajournement présentera d'autant moins d'inconvénient, que la demande en péremption doit toujours être jugée séparément du fond. Mornac nous apprend que souvent dans l'ancienne jurisprudence on examinait à la fois la question du fond et celle de la péremption : *Longe sæpius conjungunt*

(1) V. Lois de la procédure, quest. 1443 *bis*, 1444 et 1447 *bis*.

(2) V. l'article 261 du code où la peine de nullité se trouve écrite, parce que c'est dans l'intérêt de la partie assignée que l'exploit doit être remis au domicile de l'avoué.

Art. 400. *utrumque judices, ne fati infelicitate potius quàm ex rei veritate, lis forsan optima male pereat.* C'était la raison d'équité qui servait à déguiser l'arbitraire.

Il est inutile d'ajouter que s'il s'agit d'une instance dans laquelle le ministère des avoués ne soit pas nécessaire, la péremption sera toujours demandée par voie d'ajournement. Cette remarque s'applique aux instances qui concernent les directions de l'enregistrement et des domaines, des douanes et des contributions indirectes, et à celles qui sont pendantes devant un tribunal d'exception.

La demande en péremption, quelle que soit sa forme, n'est pas soumise au préliminaire de conciliation; elle n'a pas pour objet de créer une contestation, mais d'éteindre une contestation préexistante.

J'ai dit que la péremption avait le caractère d'un désistement; la loi consacre elle-même cette assimilation, en faisant succéder aux dispositions qui gouvernent l'extinction de l'instance, résultat d'une volonté tacite, les règles qui s'appliquent à son anéantissement par l'effet d'un désistement exprès.

# CHAPITRE XXIX.

## DU DÉSISTEMENT.

(Liv. 2, tit. 23, art. 402-403 du code de procédure.)

Le désistement, au point de vue des textes du code de procédure, est un acte par lequel *le demandeur* renonce à *l'instance* qu'il a introduite. Pris dans une acception plus générale, le désistement peut s'appliquer à un acte isolé de l'instance, et procéder indifféremment du demandeur ou du défendeur. ART.

Cette matière se lie d'une manière intime aux principes que j'ai développés sur la péremption. Cette analogie me permettra d'être concis.

Le désistement, même lorsqu'il est un abandon complet de l'instance, laisse entier le droit préexistant. Le texte de l'article 403 ne permet aucun doute sur ce point : « Le désistement, lorsqu'il aura été accepté, emportera de plein 403.

Art. 403. droit consentement que les choses soient remises de part et d'autre *au même état qu'elles étaient avant la demande.* » L'article 2247 du code civil n'est pas moins explicite : « Si le demandeur se désiste de sa demande, l'*interruption* est regardée comme non avenue. » Donc le désistement n'anéantit que les effets produits par la demande, et notamment celui qu'elle avait eu d'interrompre le cours d'une prescription commencée. L'action primitive n'est pas éteinte; la loi n'aurait pas pris soin de soumettre aux chances rétroactives de la prescription un droit effacé déjà par la volonté des parties.

L'orateur du Tribunat, dans son rapport sur le code de procédure, attribuait au désistement une tout autre puissance. Etablissant un parallèle entre ses effets et ceux de la péremption, il s'exprimait ainsi : « Plus sûr dans ses effets, et plus précieux encore dans ses motifs, le désistement mérite aussi l'attention du législateur; il est un hommage à la justice, à la vérité; *il ne laisse après lui aucune crainte de voir renaître l'instance dont il est l'objet* (1). »

C'était une réminiscence des lois romaines;

(1) C'est-à-dire, *qu'il a pour objet.* Rapport du tribun Perrin au corps législatif, séance du 14 avril 1806.

Ulpien signale une distinction semblable : *Destitisse is videtur, non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum ; desistere enim est de negotio abstinere quod calumniandi animo instituerat* (1). Le jurisconsulte Paul définit le désistement de la même manière : *Destitisse eum accipiemus* QUI IN TOTUM ANIMUM AGENDI DEPOSUIT ; *non qui distulit accusationem* (2). Art. 403.

Ces textes n'avaient trait qu'à la procédure criminelle des Romains. Le sénatus-consulte *Turpillien* déclarait infâme, non-seulement celui qui portait une accusation calomnieuse, mais encore celui qui se désistait d'une accusation intentée. Pour être soumis à l'infamie, il fallait que l'accusateur eût définitivement renoncé à poursuivre, de sorte qu'il ne lui fût plus permis de renouveler l'accusation : *qui destiterit agere, amplius et accusare prohibetur* (3). Ce mot *desistere* avait donc un sens tout spécial dans la législation romaine; tandis que dans notre procédure, lorsqu'il s'applique à l'instance, le terme de désistement ne comporte d'autre idée que celle de l'extinction des procédures; le droit d'agir reste entier,

(1) L. 21 ff., *de minoribus;* l. 10 ff. *de judiciis.*
(2) L. 15 ff., *ad senatusconsultum Turpillianum.*
(3) L. 2 ff. *eod. tit.*

Art. 403. sauf les effets de la prescription dont l'interruption se trouve effacée.

Sans doute la renonciation peut porter à la fois sur le droit comme sur l'instance (1). Mais l'intention de celui qui se désiste ne doit pas facilement s'interpréter en ce sens. La jurisprudence a pendant quelque temps hésité sur ce point; et la distinction entre l'abandon du *droit* et le désistement de l'*instance* n'a pas été toujours parfaitement comprise. C'est à peu près la vieille querelle dont s'émerveillait Cicéron : *Mirum videri solet tot homines tam ingeniosos, per tot annos etiam nunc statuere non potuisse utrum* REM *an* LITEM *dici oporteret* (2).

C'est à ce caractère légal du désistement qu'il importe de s'attacher pour résoudre les questions relatives à la capacité des parties qui le signifient ou qui l'acceptent.

C'est un contrat qui se forme par l'expres-

(1) La cour de cassation, dans ses observations sur le code, art. 167, avait parfaitement indiqué cette différence : « Celui qui se désiste légalement d'une *instance* peut derechef en intenter une autre pour le même objet ; mais celui qui se désiste de son *action* renonce à la prétention sur laquelle il se fondait. »

(2) *Pro Murænâ*, n° 12.

sion des volontés réciproques. Celui qui dispose librement de ses droits peut sans aucun doute se désister de l'instance, parce qu'elle n'est qu'un moyen de les exercer. Si le droit peut être aliéné, à plus forte raison peut-on renoncer à l'exercer actuellement. — Mais il y a des parties qui n'ont pu figurer dans l'instance qu'avec l'autorisation ou sous l'assistance d'autrui. — Il en est d'autres qui ne sont pas en nom dans l'instance et dont les intérêts sont confiés à un représentant légal. Art. 403.

Dans la première classe sont placés les mineurs émancipés, qui ne peuvent, sans l'assistance de leur curateur, intenter *une action immobilière*, ni y défendre (1); les prodigues, qui ne peuvent *plaider* sans l'assistance d'un conseil (2); la femme mariée, même non commune ou séparée de biens, qui ne peut *ester en jugement* sans l'autorisation de son mari, ou, au refus de celui-ci, sans l'autorisation du juge (3). L'instance une fois introduite, pourront-ils s'en désister sans le concours du surveillant ou du protecteur que leur donne la loi?

(1) Cod. civ., art. 482.

(2) Cod. civ., art. 513.

(3) Cod. civ., art. 215 et 218.

Art. 403. Les actes de la procédure émanent directement du mineur émancipé ou du prodigue. C'est aussi la femme qui dirige l'exercice de ses droits dans l'instance introduite. La puissance d'agir qui leur a été communiquée dès l'origine, empreint d'un caractère de validité tous les actes relatifs à la demande judiciaire : constitués maîtres du procès, l'exercice du droit leur appartient ; la faculté de l'aliéner leur est seule interdite.

Le désistement, considéré dans ses conséquences ordinaires, n'est pas une aliénation du droit. C'est un acte de gestion qui préserve des éventualités de la décision judiciaire le droit compromis peut-être par les irrégularités de la procédure, et qui le ramène ainsi rétroactivement à son premier état. Objectera-t-on que si le désistement laisse le droit préexistant dans son intégralité, il emporte au moins une aliénation des avantages qui peuvent résulter de l'instance? Cette objection ne serait pas sérieuse. Quel est l'acte de simple administration qui ne comporte pas l'idée d'une aliénation plus ou moins importante? Les baux consentis, le payement des réparations nécessaires ou utiles aux propriétés, la vente des denrées, tous actes d'administration, peuvent à la ri-

gueur être considérés comme des actes d'aliénation de la jouissance ou de la chose. Mais tel n'est pas leur objet direct, parce qu'ils ne tendent pas à la *transmission des biens.* La gestion des biens, comme la direction de l'instance, exige une certaine liberté d'action; et la spontanéité dans les déterminations à prendre vaut mieux que les entraves qui, pour protéger le droit, pourraient le mettre en péril. Art. 403.

Les mêmes observations s'appliquent au tuteur agissant au nom du pupille ou de l'interdit; au curateur à une succession vacante; et aux administrateurs ou gérants qui exercent les actions de l'État, des communes, des établissements publics ou des sociétés. Dans le cas même où ces représentants des intérêts d'autrui n'auraient pu introduire l'instance ou y défendre qu'en vertu d'une autorisation exigée par la loi ou par l'acte de société, ils ne feront qu'exercer le droit que cette autorisation leur confère, en se désistant de l'instance ou en acceptant le désistement signifié.

Ces solutions consacrent la validité du désistement donné ou accepté par celui qui figure en nom dans l'instance, quelles que soient les conditions imposées pour intenter l'action ou y défendre. Mais cette faculté ne doit pas

Art. 403. s'étendre jusqu'à compromettre le droit que l'instance avait pour objet de faire consacrer. Si j'ai reconnu, même à ceux qui ne peuvent plaider sans autorisation, la capacité de se désister, c'est parce que le désistement peut, dans une circonstance donnée, être un acte utile aux intérêts de la partie. Qu'une demande soit nulle en la forme, il est urgent de s'en désister pour introduire une nouvelle instance. Mais quelquefois le désistement pourrait indirectement conduire à l'anéantissement du droit lui-même. Il ne faut pas en effet s'attacher au texte littéral de l'article 403, portant que l'effet du désistement est de remettre les choses *au même état qu'elles étaient avant la demande* (1). Cette disposition doit se combiner avec l'article 2247 du code civil; et l'on sait l'influence qu'exerce sur le cours de la prescription l'anéantissement des procédures. Aussi serait-il plus exact de dire que le désistement accepté remet les

(1) La section du tribunat, en faisant insérer cette disposition dans la loi, paraît avoir eu principalement en vue de donner au désistement l'effet d'anéantir les saisies ou les oppositions pratiquées avant ou pendant le procès. Dans ce sens les expressions de l'article ne manqueraient pas d'exactitude. V. Locré, Esprit du code de proc., tom. 2, p. 74.

choses *au même état que s'il n'y eût pas eu d'instance.* On conçoit que cette extinction de l'instance concourant avec la prescription, réagisse sur le droit lui-même. En cause d'appel, le désistement pourrait donner à la sentence des premiers juges l'autorité de la chose irrévocablement jugée ; de sorte qu'il équivaudrait à un acquiescement excédant les pouvoirs du représentant légal ou de l'incapable qui plaide. ART. 403.

Pour concilier le droit que j'ai reconnu à l'incapable ou à son représentant, de donner ou d'accepter un désistement, je voudrais qu'il ne produisît un effet définitif à son égard qu'après l'homologation du juge. Le juge ne sanctionnera le désistement ou l'acceptation qu'après examen des conséquences qui peuvent en résulter et sur les conclusions du ministère public, si l'affaire est sujette à communication. —J'exigerais même cette intervention de la justice dans les causes qui intéressent un mineur émancipé, et qu'il a pu introduire sans l'assistance d'un curateur. Si la loi lui permet d'intenter seul des actions mobilières ou d'y défendre, sans distinguer entre les choses sur lesquelles il pourrait contracter et celles dont

ART. il n'a pas la libre disposition (1), c'est parce qu'il doit trouver dans la protection du ministère public et dans la vigilance du juge des garanties équivalentes à celles que lui présente, lorsqu'il contracte, l'assistance de son curateur. Les prévisions de la loi seraient en défaut, si par un désistement il pouvait arriver à une aliénation indirecte, en échappant aux investigations de la justice.

La section du tribunat avait, il est vrai, posé en principe d'une manière absolue « que le désistement ne peut être fait et accepté que par ceux qui ont la capacité de *transiger* ou d'*acquiescer* (2). » Mais il ne faut pas attacher trop d'importance à cette opinion, parce que le tribunat paraît avoir considéré le désistement comme emportant dans tous les cas une renonciation au droit de former une nouvelle demande.

402. Lorsque le désistement est fait et accepté par des personnes ayant la libre disposition de leurs droits, il n'est autre chose qu'une convention ordinaire. Notre ancienne jurisprudence n'avait pas de règle fixe quant aux for-

(1) Argument de l'art. 482 du cod. civ.

(2) Locré, Esprit du code de proc., tom. 2, p. 74.

malités du désistement conventionnel; d'après le code, il est parfait sans l'intervention du juge, dès que les volontés concourent, et se constate par la signature des intéressés : « Le désistement, dit la loi, peut être fait et accepté par de simples actes signés des parties ou de leurs mandataires, et signifiés d'avoué à avoué. » C'est la copie signifiée qui forme un titre pour la partie; la signature sur l'original n'est donc pas rigoureusement nécessaire, et dans tous les cas ne serait pas suffisante, car l'original n'est pas à la disposition de celui qui reçoit la signification. Art. 402.

Le désistement et l'acceptation doivent donc émaner directement des parties, et les pouvoirs généraux de l'avoué ne comportent pas le droit de consentir à l'anéantissement de l'instance. Il faudrait, à défaut de la signature des parties, celle de leur mandataire spécial. Le mandat pourrait d'ailleurs être conféré à l'avoué lui-même (1).

Cependant une objection se présente. On a vu que les offres, les aveux, les consentements émanés de l'avoué ou acceptés par lui, sans un

(1) La loi n'exige pas un pouvoir authentique; il suffisait donc qu'il fût sous signature privée.

Art. 402. pouvoir spécial de la partie, sont valables, sauf les effets du désaveu (1). Mais ici ce n'est pas seulement pour que l'avoué trouve une protection contre l'éventualité d'un désaveu, que la loi exige un pouvoir spécial; c'est pour la validité de l'acte. On arrive dès lors à des conséquences en apparence contradictoires. L'avoué peut modifier les conclusions de l'ajournement ou les restreindre, faire des offres ou les accepter; et ces concessions, qui affectent le droit lui-même, ne sont pas soumises pour leur efficacité à la signature des parties ; il faudrait, pour détruire leurs effets légaux, prendre la voie du désaveu. Tandis que le désistement, qui n'est qu'une offre d'abandonner l'instance, sous la réserve du droit, et l'acceptation qui le complète, sont soumis pour leur validité à la condition d'une participation directe des intéressés ou de leur mandataire spécial.

Cela s'explique : les pouvoirs ordinaires de l'avoué s'exercent dans l'instance pour la conduire à son dénoûment, c'est-à-dire à la décision judiciaire; les éléments du procès peuvent se restreindre ou s'agrandir, et l'avoué qui abandonne une partie des prétentions soumises

(1) V. *suprà*, p. 252.

au juge exerce encore son mandat, sauf la responsabilité qu'il encourt vis-à-vis de sa partie ou des adversaires de celle-ci. Mais l'avoué constitué mandataire ne peut trouver dans le mandat lui-même les moyens de l'anéantir. Chargé d'occuper pour la partie, il agirait en sens inverse de son mandat s'il abandonnait l'instance au lieu de la suivre. Il a mission de former le contrat judiciaire, et non pas de le dissoudre. Art. 402.

Aussi les exigences de la loi s'appliquent-elles exclusivement au cas où le désistement emporte consentement que les choses soient remises de part et d'autre au même état qu'elles étaient *avant la demande;* de sorte que, si le désistement portait sur un acte isolé de l'instance et non sur l'instance elle-même, l'avoué pourrait, en vertu du mandat *ad lites,* le signifier ou l'accepter valablement, sauf le désaveu de la partie. L'avoué agit alors en vertu de ses pouvoirs, et non pas en sens inverse de la mission qu'il a reçue (1).

Mais la validité du désistement de l'instance elle-même, signifié par acte extrajudiciaire du ministère d'un huissier, pourrait-elle être contestée à défaut d'un pouvoir spécial ou de la

(1) Arrêt de Douai, du 3 juin 1835.

Art. 402. signature de la partie ? Je ne le croirais pas. Si l'avoué ne peut se désister de l'instance sans la participation directe de la partie, c'est parce que ses pouvoirs se trouvent limités par la nature même de son mandat. Mais l'huissier n'est pas un mandataire *ad lites*. Il est mandataire pour un acte spécial; lorsqu'il instrumente au nom d'une partie, il est présumé agir par la volonté de celle-ci, parce que son ministère n'est pas limité à des actes d'une certaine nature (1). L'avoué, au contraire, n'exerce plus un ministère légal dès que l'acte émané de lui est en dehors du cercle de la procédure judiciaire. Ce n'est pas que j'accorde la foi probante de l'authenticité aux actes du ministère de l'huissier, lorsqu'il s'agit d'énonciations relatives à la partie requérante (2); il y en a même pour la validité desquels l'huissier doit être muni d'un pouvoir spécial (3); mais la loi

(1) Arrêt de Paris, 25 mars 1814; Toulouse, 3 février 1832. On trouve au recueil de Dalloz, 32, 2, 65, une consultation de MM. Decamps, Romiguières et Carles, qui développe la doctrine consacrée par l'arrêt de Toulouse. Un arrêt de la cour de cassation, du 25 juin 1844, fournit à la même opinion un puissant argument.

(2) V. *suprà*, p. 262.

(3) V. *suprà*, p. 266. — V. aussi l'art. 2185 du code civil.

ne l'ayant pas soumis à cette nécessité pour signifier un désistement, il suffit que la raison de décider ne soit pas la même pour le cas du désistement signifié par acte extrajudiciaire et pour celui d'un désistement offert par l'avoué sans le concours direct de la partie. L'huissier ne devrait se munir d'un pouvoir spécial qu'afin de se garantir des conséquences d'un désaveu. Art. 402.

L'instance n'est définitivement éteinte que par l'acceptation du désistement signifié. Jusqu'à l'acceptation régulière, le désistant peut retirer l'offre par lui faite d'abandonner l'instance, et les juges peuvent statuer sur les conclusions dont le désistement n'est pas encore accepté (1). Cette nécessité d'une acceptation résulte de la nature des effets que le désistement est destiné à produire. Ses effets s'étendent aux actes de l'une et de l'autre des parties; et comme le désistement emporte *consentement* que les choses soient remises au même état qu'avant la demande, il suppose évidemment pour sa perfection le concours des volontés.

De là je tire cette conséquence : si le dé-

(1) Arrêt de la cour de cassation, du 5 décembre 1838; Dalloz, 39, 1, 44.

Art. 402. sistement ne porte que sur un acte isolé de la procédure, qui ne confère pas à l'adversaire un droit né et actuel, il ne doit pas nécessairement se compléter par l'acceptation. L'anéantissement de cet acte ne pouvant lui porter grief, la partie serait sans intérêt à contester le désistement, qui produira son effet par la seule volonté de celui dont il émane. Mais il ne faut pas faire de ceci un principe général; car il peut arriver que le désistement d'un acte isolé de la procédure soit donné dans de telles circonstances qu'il en résulte un préjudice pour l'autre partie. Ainsi la cour de Limoges a jugé avec raison qu'une partie ayant signifié un jugement qui ordonne une enquête ne pouvait se désister de cette signification sans le consentement de l'autre partie, parce que le désistement aurait eu pour résultat de donner aux délais, pour commencer l'enquête, un nouveau point de départ (1). Seulement, comme je l'ai déjà dit, l'acceptation eût pu, dans ce cas, émaner directement de l'avoué, sans le concours de sa partie (2).—On a jugé que l'acceptation n'était pas nécessaire pour donner effet au désistement de l'assignation, lorsqu'elle

(1) Arrêt du 22 juin 1822.

(2) V. *suprà*, p. 685.

n'a pas encore été suivie de procédures de la part du défendeur. Cette décision ne devrait être admise qu'avec une certaine réserve. Si, par exemple, le demandeur ne se désistait que pour porter son action devant *un autre tribunal*, je croirais que le défendeur pourrait se prévaloir du droit que lui conférait la première assignation, de plaider devant les juges qui d'abord avaient été saisis; à moins cependant qu'ils ne fussent incompétents pour connaître de la demande. Art. 402.

Sous un autre point de vue, l'acceptation ne sera pas nécessaire à la validité du désistement, toutes les fois qu'il présentera le caractère d'une adhésion aux conclusions de l'autre partie. Qu'est-il besoin d'une acceptation lorsque, l'un ayant conclu à la nullité d'une procédure, l'autre s'en désiste; ou lorsque, l'une des parties soutenant que la demande est portée devant un tribunal incompétent, l'autre renonce à poursuivre? Dans ce cas les volontés concourent, et le consentement de celui auquel est signifié le désistement n'a pas à se manifester par un acte postérieur, parce qu'il résulte d'un acte préexistant.

On a fait particulièrement l'application de ce principe au désistement d'une instance

Art. 402. d'appel, et l'on a décidé que l'acceptation n'était pas nécessaire, parce qu'il n'était qu'un acquiescement ou une adhésion à la sentence des premiers juges. Cette doctrine serait exacte si l'intimé n'avait pas usé du droit de former un appel incident, et si l'appelant était lui-même déchu de la faculté d'interjeter un autre appel. Mais le désistement produit-il toujours ce résultat? A-t-il, comme la péremption, l'effet de donner au jugement l'autorité de la chose jugée? A ces questions est subordonnée la solution de celle que j'examine. La cour de cassation a consacré cette assimilation entre la péremption et le désistement (1). Je m'expliquerai sur ce point en développant le sens et les motifs de l'article 469 au titre de l'appel.

Dans la pratique, il est assez rare que l'acceptation du désistement soit donnée suivant le mode indiqué par le code de procédure. Le plus souvent, au lieu de revêtir les formes

(1) Arrêt du 21 décembre 1819; Dalloz, tome 5, p. 165. Cette doctrine a été repoussée par les cours de Toulouse, 23 juin 1829 et 25 mai 1831; Bordeaux, 21 novembre 1828, 28 mars et 20 mai 1831; Colmar, 3 août 1837.

d'une convention ordinaire, elle emprunte la forme solennelle d'une décision judiciaire. Cette marche est suivie dans deux hypothèses distinctes : — lorsque la partie à laquelle est signifié le désistement demande acte de son acceptation ; — lorsque le désistant demande lui-même aux juges, à défaut de l'acceptation de son adversaire, qu'il lui soit décerné acte du désistement par lui offert. ART. 402.

J'examine la première hypothèse. — Il est bien certain que les termes de la loi ne prohibent pas une forme différente de celle qu'ils indiquent. Ces termes sont facultatifs : *Le désistement* PEUT *être fait et accepté par de simples actes*. La question véritablement sérieuse est celle-ci : Les frais du jugement qui donne acte du désistement et de l'acceptation doivent-ils être supportés par celui qui s'est désisté ou par l'autre partie?

La section du tribunat, s'expliquant sur la forme du désistement, s'exprimait ainsi : « Il est utile d'offrir aux parties un moyen simple d'éviter un jugement. Des praticiens ont longtemps soutenu que le désistement *devait être reçu judiciairement*, ce qui laissait les parties exposées à des frais. C'est donc un bon système

Art. 402. que celui qui introduit une voie simple de mettre fin à une procédure (1). » Néanmoins de nombreux arrêts ont décidé que les frais étaient à la charge du désistant, même dans le cas où le désistement n'exigeait pas nécessairement une acceptation (2). Le motif est celui-ci : c'est qu'il importe à la partie vis-à-vis laquelle on se désiste d'être pourvue d'un titre authentique dont la minute se trouve dans un dépôt public, afin de constater l'anéantissement des procédures dirigées contre elle. Et comme en principe les frais du désistement sont à la charge de celui qui se désiste, aussi bien que les frais des procédures auxquelles il renonce, il suffit qu'on ne puisse considérer comme frustratoires les frais d'obtention du jugement, pour qu'il doive les supporter. J'ajouterai que la raison pour laquelle cette marche est plus particulièrement suivie, c'est que, d'ordinaire, l'avoué n'est pas en mesure de produire une acceptation signée de sa partie ou d'un mandataire spécial, soit à cause de

(1) Locré, Esprit du cod. de proc., p. 72.

(2) V. le Dictionnaire général d'A. Dalloz, nos 159 et suiv. Il y a cependant quelques arrêts en sens contraire, notamment un arrêt de Bordeaux, du 19 mars 1841; Dalloz, 41, 1, 200.

l'éloignement de la partie, soit parce que le désistement est signifié au moment où les juges sont sur le point de rendre leur sentence. L'avoué, en demandant aux juges acte du désistement, obtiendra pour résultat de lier irrévocablement le désistant, si celui-ci laisse donner acte sans exiger la représentation d'un pouvoir et sans retirer le désistement offert. L'avoué a d'ailleurs, dans tous les cas, un intérêt personnel à demander acte, à l'audience, de l'acceptation du désistement; car une décision judiciaire est nécessaire pour qu'il obtienne distraction à son profit des dépens qu'il aurait avancés. Il ne serait pas juste que, par le seul fait de la volonté de l'adversaire, l'officier ministériel fût privé d'une prérogative qu'il trouve dans la loi; et d'ailleurs, ainsi que l'observe une cour royale, si la distraction profite à l'officier ministériel, « elle n'est pas moins profitable aux parties, qui peuvent ainsi plus facilement être dispensées de faire des avances de frais quelquefois au-dessus de leurs facultés (1). »

Art. 402.

Voici maintenant le cas inverse : Une partie a notifié son désistement régulier. L'autre, au

(1) Rouen, 2 août 1842; Dalloz, 43, 4, 151.

Art. 402. lieu d'en demander acte ou de l'accepter, poursuit le jugement du procès. Le désistant pourra-t-il se pourvoir à l'audience, afin d'avoir acte de son désistement et faire condamner l'adversaire aux frais des procédures qui l'ont suivi ?

Il faut distinguer : si le désistement engage le droit de la partie à laquelle on le signifie, l'acceptation ne peut être suppléée par le juge. Supposez, par exemple, que dans le cours de l'instruction celui qui se désiste ait encouru quelque déchéance ; ou qu'à raison de la demande formée contre elle, une partie ait le droit de réclamer des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'elle a pu lui causer ; il y aurait un intérêt légitime à refuser le désistement offert : le procès n'appartient pas à l'une des parties, il appartient à chacune d'elles. Supposez encore une demande reconventionnelle ou un appel incident formés avant le désistement signifié, il est évident que le défendeur ou l'intimé seront en droit de refuser le désistement, si d'après ses termes il était subordonné à la condition d'une extinction totale de l'instance. Le désistement, à défaut d'un consentement exprès de la partie qui le reçoit, ne pourrait avoir d'effet que pour éteindre ex-

clusivement la demande originaire ou l'appel principal, en laissant subsister la demande reconventionnelle ou l'appel de l'intimé (1). ART. 402.

Mais si le plaideur, sans intérêt et sans motif, refusait de tenir compte du désistement signifié, le désistant aura sans aucun doute le droit de se pourvoir devant les tribunaux, afin d'arrêter l'effet des poursuites continuées et de faire déclarer la procédure éteinte. Pour légitimer ses résistances, il ne suffirait pas à la partie d'alléguer que le désistement la prive de la faculté de former des demandes reconventionnelles ou d'interjeter un appel incident. Le désistement unilatéral ne peut atteindre les droits acquis; mais dans ce cas, loin d'être acquis, le droit est à l'état de simple expectative (2). On objecterait en vain que le désistement est une simple proposition qui n'oblige la partie que lorsqu'il est accepté; les juges, en donnant acte du désistement dans les circonstances que j'ai supposées, ne suppléent pas le consentement du plaideur; ils déclarent qu'à raison de ses effets, le désistement est parfait sans ce consentement. La partie qui mal

(1) V. *suprà*, p. 105.

(2) Arrêt de Montpellier, du 24 mai 1828; Rennes, 16 mai 1820.

Art. 402. à propos a contesté le désistement sera donc condamnée aux frais des poursuites qui l'ont suivi et à ceux du jugement qui reconnaît sa validité.

Il résulte du développement de ces principes que les effets du désistement peuvent anéantir partiellement l'instance ; le désistement pourrait aussi laisser subsister l'instance à l'égard de l'une des parties qui refuse de l'accepter, et l'éteindre pour les autres qui l'acceptent. La cour de cassation l'a ainsi jugé par arrêt du 16 avril 1844, abandonnant ainsi la doctrine de l'indivisibilité qu'elle professe en matière de péremption. Cependant les juges auraient à vérifier si, dans l'intention de celui qui le signifie, le désistement n'est pas subordonné, quant à ses effets, à l'acceptation unanime de toutes les parties (1). Je l'ai déjà dit, c'est la volonté expresse ou présumée qu'il faut consulter pour déterminer l'étendue que comportent relativement à leurs effets les modes d'extinction de l'instance.

403. Le désistement emporte soumission de payer

(1) Arrêt de la cour de cassation, du 25 avril 1840; Dalloz, 40, 1, 277.

les frais de l'instance ou des procédures qu'il a pour objet; ce qui comprend l'obligation de payer les frais des demandes en garantie, qui sont l'accessoire de la demande principale éteinte par le désistement. En cas d'acceptation amiable, le désistant est contraint au payement des frais sur simple ordonnance du président mise au bas de la taxe, parties présentes ou appelées par acte d'avoué. Cette ordonnance, si elle émane du président d'un tribunal de première instance, est exécutoire nonobstant opposition ou appel. Elle est exécutoire nonobstant opposition, si elle émane du président d'une cour royale (1). Art. 403.

Si l'on jette un regard en arrière, on trouvera dans l'ensemble des règles dont l'exposé précède, l'expression complète des prévisions du législateur, la physionomie mobile de la

(1) L'opposition devant le tribunal ou devant la cour serait recevable quoique la partie eût comparu devant le président. Décret du 16 février 1807, article 6. V. arrêt de la cour de cassation, du 2 avril 1811. Il me semble résulter des termes du décret précité, que l'appel autorisé par l'art. 403 du code de procédure sera presque toujours non recevable, puisque le décret n'autorise l'appel sur la taxe des dépens que lorsqu'il y a en même temps appel de quelques dispositions sur le fond.

procédure judiciaire et les variations que subit sa forme.

Le point de départ est toujours le même, et vers un but unique tout plaideur dirige les mêmes vœux. Mais entre le départ et l'arrivée, *l'ajournement* et *le jugement*, que d'obstacles à surmonter, de lenteurs imposées, d'événements à maîtriser ! Les règles qui séparent les juridictions, les garanties qu'exigent les intérêts privés, les tardives clartés que l'instruction promet aux juges, les caprices de la volonté, la mobilité des faits, imposent plus d'une halte à la marche du procès, soulèvent des difficultés sans nombre, et devaient éveiller l'attention prévoyante du législateur.

Ses prévisions embrassent toutes les hypothèses et régissent tous les épisodes du drame judiciaire. Au point où je suis arrivé dans cette œuvre que j'entreprends de compléter, les phases diverses de l'instance ont été successivement parcourues et analysées.

Les principes *généraux* sont posés.

Le législateur tracera maintenant des règles *exceptionnelles ;* il substituera des formes plus simples aux formes déjà indiquées, suivant l'importance du litige ou la nature des juridictions ; il réglera les formes à suivre pour obte-

nir la réformation ou la rétractation de la sentence.

Mais la pensée génératrice se retrouvera dans ces nouveaux textes. Le tribunal civil de première instance est la juridiction *de droit commun;* les règles qu'on y observe sont les règles communes qui, dans le silence de la loi, régissent toutes les matières et toutes les juridictions; c'est donc un point d'arrêt que j'indique en terminant la série des chapitres qui traitent DE LA PROCÉDURE ORDINAIRE DEVANT LES TRIBUNAUX INFÉRIEURS.

FIN DU TOME CINQUIÈME.

# TABLE SOMMAIRE

DES

# CHAPITRES CONTENUS DANS LE CINQUIÈME VOLUME.

## CHAPITRE XXII.

### DES DEMANDES INCIDENTES ET DE L'INTERVENTION.

Pages.

Marche générale de la procédure. — Diverses espèces d'incidents. — Incidents proprement dits : demandes incidentes et intervention. . . . 1

Les demandes incidentes formées par le demandeur originaire prennent le nom de *conclusions additionnelles*. . . . . . . . . . . . . 6

I. *Des demandes additionnelles.* — Système formulaire de la procédure romaine. Il ne permettait pas au demandeur de modifier ses prétentions. — Effets de la litiscontestation. . . . . . . 7

Après l'abolition du système formulaire, il fut possible d'augmenter les conclusions primitives. . 9

Dans notre ancien droit, lorsque l'ajournement n'était pas libellé, il n'y avait pas à distinguer entre les demandes principales et les demandes incidentes. . . . . . . . . . . . 10

L'ordonnance de 1539 exigea que tous les ajournements fussent libellés. — Doctrine des jurisconsultes sur les demandes additionnelles : — il faut que la prétention nouvelle ait *une relation sensible avec ce qui a déjà été demandé*. . . 12

Pages.

Ces principes sont ceux du code de procédure : préjugé de quelques praticiens. . . . . . . 16
Conséquence de ces principes quant à la compétence du tribunal. . . . . . . . . . . 18
Résumé : la demande incidente du demandeur originaire doit avoir avec l'instance principale *identité de cause et d'origine*. . . . . . . 19
Première division des demandes incidentes. Les unes sont *provisoires* et doivent être jugées par préalable ; les autres ne peuvent recevoir de solution qu'après le jugement définitif. . . . *Ib.*
Autre division. Renvoi à l'article 464 du titre de l'appel. . . . . . . . . . . . . . . 22
Exception au principe de l'*identité de cause et d'origine*. Demandes relatives aux injures ou diffamations dans les plaidoiries ou écritures. Loi du 17 mai 1819. . . . . . . . . . *Ib.*
Une demande en séparation de corps n'est pas valablement formée par des conclusions additionnelles dans une instance en séparation de biens. Critique d'un arrêt de la cour royale de Paris. 24
Formes des demandes incidentes. . . . . . . 26
Dans les affaires soumises à l'instruction par écrit, la demande incidente est portée à l'audience pour être statué ce qu'il appartiendra. . . . 27
Toutes les demandes incidentes doivent être formées en même temps ; sanction de cette règle. — Signification du mot *causes* dans l'art. 338. 28
Si le défendeur n'a pas constitué avoué, aucune demande nouvelle ne peut être formée dans la forme incidente. . . . . . . . . . . . 29
Conséquence de cette règle, lorsque dans l'ajournement on a omis de demander la contrainte par corps ou l'exécution provisoire. . . . . 31
L'opposition à un jugement par défaut rétablit

Pages.

les choses en l'état où elles étaient avant le jugement. Le demandeur peut donc former de nouvelles demandes après l'opposition signifiée. . 34

Les conclusions nouvelles peuvent être signifiées jusqu'au jugement définitif. *Quid* lorsque le ministère public a donné ses conclusions ou qu'un délibéré a été ordonné? . . . . . . 35

*Quid* en cas de déclaration de partage? Dissentiment avec MM. Pigeau et Chauveau. . . . 36

II. *De la reconvention*. Position privilégiée du défendeur. Ses conclusions incidentes sont-elles soumises à la règle de l'*identité de cause et d'origine?* . . . . . . . . . . . . . . 41

Développements historiques. Caractère des *exceptions* et des *défenses* dans la procédure formulaire. . . . . . . . . . . . . . . . 42

Dans ce système, pas de réaction possible de la part du défendeur. . . . . . . . . . . . 45

Ce que c'était que la *mutua petitio*, et en quoi elle différait de la compensation. . . . . . . . 46

Dans le dernier état de la procédure romaine, le défendeur peut former des demandes reconventionnelles véritablement incidentes. — La connexité entre la demande principale et la reconvention n'est même pas exigée. . . . . 50

Ancienne jurisprudence française. — Juridictions ecclésiastiques. — La reconvention y est admise même dans les causes d'*autre nature et d'autre qualité*. . . . . . . . . . . . . . . 52

Les juridictions séculières n'admettent d'abord ni reconvention ni compensation : *une dette n'empêche pas l'autre*. . . . . . . . . . . . 54

Première réformation de la coutume de Paris en 1510. — On peut opposer la compensation en vertu de *lettres royaux;* mais la reconvention

Pages.

est proscrite. . . . . . . . . . . . . . . 54
Motifs de cette prohibition : les justices sont *patrimoniales*. . . . . . . . . . . . . . . 56
Nouvelle coutume de Paris de 1580. Elle affranchit la compensation de la formalité des lettres royaux. . . . . . . . . . . . . . 58
Elle admet la reconvention, *pourvu qu'elle dépende de l'action et serve de défense contre elle*. . . 59
Usage du Châtelet de Paris : il n'est pas nécessaire que la reconvention dépende de l'action, il suffit qu'elle serve de défense contre elle. . . . . 61
Examen du code de procédure civile ; explication des articles 54 et 464. . . . . . . . . . 64
Projet présenté par la cour de cassation. Il suffisait, suivant elle, que la reconvention tendît à repousser la demande principale. . . . . 68
Consécration de cette doctrine par les lois du 11 avril et du 25 mai 1838. . . . . . . . 71
Pourquoi le droit de former des demandes incidentes est plus étendu pour le défendeur que pour le demandeur. . . . . . . . . . . 74
Reconvention sur reconvention ne vaut. . . . 75
Objection de Coquille contre l'extension du droit de reconvention ; réponse. . . . . . . . . 76
Les juges peuvent, suivant les cas, disjoindre les demandes et statuer séparément. — Différence entre la disjonction et le renvoi. . . . . . 77
La reconvention est-elle soumise aux règles de la compétence *à raison de la matière?* . . . . 80
Si la demande reconventionnelle est formée devant un tribunal d'exception, l'affirmative n'est pas douteuse. . . . . . . . . . . . . . *Ib.*
*Quid* si elle est formée devant un tribunal ordinaire? Discussion ; il faut encore s'en tenir à l'affirmative. . . . . . . . . . . . 82

Pages.

L'incompétence relative résultant d'une attribution spéciale de juridiction peut être opposée contre la demande reconventionnelle. . . . 85

*Quid* lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique créant des obligations *civiles* d'un côté, *commerciales* de l'autre? . . . . . . . . . . 87

*Quid* si d'un même contrat naissent des demandes dont l'une serait de la compétence des tribunaux civils, l'autre de la compétence du juge de paix? . . . . . . . . . . . . . . 94

Les demandes reconventionnelles diffèrent des défenses, et notamment de la *compensation*. . . 95

Le juge est toujours compétent pour prononcer la compensation, même lorsqu'elle résulte d'une obligation dont il ne pourrait connaître par voie principale. . . . . . . . . . . . . . 95

Que doit faire le juge lorsque la créance opposée en compensation est supérieure au montant de la demande et que le défendeur réclame l'excédant? . . . . . . . . . . . . . . 98

Formes de la demande reconventionnelle. . . 100

Elle est recevable, encore qu'elle soit formée contre un demandeur défaillant ou qui s'est désisté depuis qu'elle a été formée. . . . . . . . 101

Mais, si l'instance était nulle *ex causâ antiquâ*, la reconvention tomberait avec elle. . . . . 103

Examen d'un arrêt de la cour de Poitiers, qui juge qu'une demande reconventionnelle peut être formée par exploit à domicile. . . . . . . 104

Le code n'a fixé aucun délai pour former la demande reconventionnelle. Les principes sont les mêmes que pour les demandes additionnelles. . 107

III. *De l'intervention.* Principes sur lesquels repose le droit d'intervenir. . . . . . . . . . 108

Ce ne sont pas seulement les intérêts personnels

Pages.

des plaideurs qui peuvent être compromis par le résultat d'un procès. . . . . . . . . . 109
Moyen de *prévenir* le préjudice, moyens de le *neutraliser;* différence entre les conventions et les instances. . . . . . . . . . . . . . 111
Tous les intéressés peuvent intervenir dans une instance. . . . . . . . . . . . . . 113
L'intervention des *tiers* est *agressive;* ils ont de plus la faculté de décliner l'autorité du jugement et de l'attaquer par tierce opposition. . 114
L'intervention des *ayants cause* est *conservatoire;* ils ne peuvent pas décliner l'autorité de la chose jugée; mais, en invoquant un droit personnel, ils peuvent *agir* par tierce opposition. . . . *Ib.*
Principes particuliers en matière de partage. . . 118
L'intervenant doit avoir un intérêt *né et direct* à l'issue de la contestation. . . . . . . . . 122
Applications : un tiers qui se prétendrait injurié ou diffamé dans les plaidoiries ou écritures ne peut intervenir; il en est autrement de l'officier public rédacteur d'un acte argué de faux ou attaqué pour cause de nullité. . . . . . . . . 123
Une corporation ne peut intervenir dans l'intérêt d'un de ses membres. . . . . . . . . . *Ib.*
De véritables intéressés sont quelquefois exclus du droit d'intervenir ; exemples. . . . . . . . 126
Coup d'œil sur le droit romain. On y retrouve la distinction entre l'intervention des tiers et celle des ayants cause. . . . . . . . . . . 129
Abus de l'ancienne jurisprudence en cette matière. 131
L'intervenant est tantôt *demandeur* et tantôt *défendeur*. . . . . . . . . . . . . . 133
L'intervention est une demande *incidente* subordonnée à la validité de l'instance originaire. . 134
L'intervention appelée *passive* ou *forcée* est une

Pages.

demande *principale*, mais non *introductive d'instance;* il n'en est pas question au titre des *incidents.* . . . . . . . . . . . . 136
Formes de l'intervention *incidente;* ce que c'est que la requête dont parle l'article 339. . . . 138
Anciennes formes de l'intervention dans les causes d'audience et dans les affaires *appointées.* — Ce qui a lieu aujourd'hui dans les affaires instruites par écrit. . . . . . . . . . . . . 141
Dans la procédure ordinaire, on ne peut contester par préalable la *qualité* de l'intervenant. . . . 143
L'intervention ne peut être formée par conclusions verbales. . . . . . . . . . . . . . 144
Comment doit-elle être formée lorsque le défendeur originaire n'a pas constitué avoué? . . 145
Jusqu'à quelle époque l'intervention peut-elle être formée? — Anciens abus : *committimus, interventions mendiées, chambre de l'édit, lettres d'État.* 152
Véritable sens de l'article 340; tout intervenant *doit venir prêt*, et son intervention est reçue *jusqu'à sentence définitive.* . . . . . . . . . . 158
L'intervenant peut demander une enquête ou tout autre mode d'instruction, pourvu qu'un premier interlocutoire n'ait pas été prononcé. . . . . 161
Après des enquêtes déjà faites, on doit refuser à l'intervenant le droit d'en demander une nouvelle, lorsque son intervention est *conservatoire.* *Ib.*
*Quid* si l'intervention est *agressive?* Opinion des anciens auteurs; discussion. . . . . . . . . 163
Les juges ne peuvent réserver l'intervention pour y faire droit après le principal. . . . . . . 165
Effets de l'intervention; l'intervenant devient partie au procès. . . . . . . . . . . . 167
Différence, quant à la condamnation aux dépens, entre l'intervention agressive et l'intervention

Pages.
conservatoire. — Art. 882 du code civil. . . . 168

## CHAPITRE XXIII.

### DES REPRISES D'INSTANCE ET CONSTITUTION DE NOUVEL AVOUÉ.

Circonstances dont l'effet est de suspendre la procédure ou de l'anéantir. *Accidents* du procès; *reprises d'instance et constitutions de nouvel avoué.* . . . . . . . . . . . . 174
Comment prend fin le mandat de l'avoué; cas dans lesquels il *se termine* ou *s'éteint.* — Toutes les causes d'extinction du mandat ordinaire ne sont pas applicables au mandat *ad lites.* . . . . 177
L'ancienne jurisprudence n'admettait pas cette différence. . . . . . . . . . . . 180
Examen des causes qui mettent fin au mandat *ad lites.* . . . . . . . . . . . . . 182
La mort de *la partie* doit être notifiée pour que la procédure soit suspendue. . . . . . . . . 183
La marche du procès ne peut plus être arrêtée *lorsque l'affaire est en état.* . . . . . . . 185
Quand l'affaire est-elle en état? Principes du droit romain; ancienne jurisprudence; inconvénients de la nouvelle législation. . . . . . . . 187
Nullité des procédures postérieures à la cause d'interruption de l'instance. Cette nullité est relative. . . . . . . . . . . . . . . 193
Comment cette nullité doit-elle être demandée? . 194
Application des règles posées; nécessité de reprendre l'instance ou de constituer un nouvel avoué; cas exceptionnels. . . . . . . . . 197
Le défendeur qui n'a pas constitué avoué *avant le changement d'état ou le décès* du demandeur, doit être de nouveau assigné devant le tribunal. . 198

Pages.

Si le défendeur meurt avant les délais de l'ajournement, le demandeur peut valablement obtenir un jugement par défaut. . . . . . . 201

Lorsque l'une des parties décède, ou que son avoué cesse de postuler après des conclusions au fond, il y a lieu à reprise d'instance ou constitution d'avoué, si les juges n'ont prononcé qu'un avant-dire-droit. . . . . . . . . . . . . . . 203

Il en est de même si, depuis les conclusions, le personnel du tribunal est modifié, ou s'il y a partage d'opinions. . . . . . . . . . . . 204

Comment doivent être signifiées les qualités, lorsque depuis la prononciation du jugement l'avoué a cessé de postuler ? . . . . . . . . . . 205

Si un jugement par défaut est prononcé, et que l'avoué de la partie qui l'a obtenu cesse de postuler pendant les délais de l'opposition, cette partie doit signifier au défaillant une nouvelle constitution d'avoué, pour faire courir les délais de l'opposition. . . . . . . . . . . . . *Ib.*

*Quid* si c'est l'avoué du défaillant qui cesse de postuler pendant les délais de l'opposition ? Il suffit, pour faire courir le délai de huitaine, d'une signification à personne ou domicile. Erreur de MM. Favard et Pigeau. . . . . . . . . . 206

Même solution lorsque la partie défaillante est décédée et son décès notifié dans les délais de l'opposition. . . . . . . . . . . . . . 214

Mais le décès de la partie ne serait pas suspensif des délais de l'opposition, s'il n'avait été notifié. 215

Il ne faut pas confondre *la reprise d'instance* et *la constitution de nouvel avoué*. . . . . . . . . 217

La reprise, comme la constitution, est *volontaire* ou *forcée*. . . . . . . . . . . . . . . . . 218

Qui peut reprendre volontairement l'instance ? . . 219

Pages.

Le légataire à titre particulier d'un immeuble litigieux peut-il reprendre l'instance interrompue par le décès du testateur? . . . . . . . . 220

Pour que la question se présente, il faut supposer que le légataire a obtenu la délivrance. . . . *Ib.*

Dans cette hypothèse, nulle difficulté, si le légataire reprend l'instance comme *défendeur* à l'action en revendication; opinion de Furgole. . 222

*Quid* si le légataire reprend l'instance comme *demandeur?* Est-il investi des actions nées et engagées avant l'ouverture de son droit? Solution affirmative. . . . . . . . . . . . . 223

Cette solution s'applique au légataire d'un corps certain mobilier, ou d'une créance déterminée sur un tiers. . . . . . . . . . . . . 225

Et même le légataire d'une chose indéterminée ou d'une somme d'argent pourrait, du chef de l'héritier, reprendre toute instance dans laquelle figurait le défunt. Généralisation de cette prérogative en faveur de tout créancier. . . . . . 226

Toutefois le créancier qui reprend l'instance du chef de son débiteur doit l'appeler dans la cause. . . . . . . . . . . . . . . . 228

Ces propositions sont contraires à l'opinion de Pothier. . . . . . . . . . . . . . . 229

De la reprise *forcée*. Ses formalités. . . . . . 231

Cas où la partie reconnaît qu'il y a lieu à reprise ou à nouvelle constitution. . . . . . . . . 233

Cas où elle conteste. . . . . . . . . . . . *Ib.*

Cas où elle ne comparaît pas. — Opposition au jugement qui tient l'instance pour reprise. — Déchéance du droit de former opposition; ses conséquences. . . . . . . . . . . . 235

Critique de cette partie de notre code. . . . 241

Pages

## CHAPITRE XXIV.

### DU DÉSAVEU.

L'avoué est un mandataire ; — il ne faut pas confondre le refus de ratifier avec le *désaveu*. . . 245
Les actes de la procédure se divisent, quant aux pouvoirs de l'avoué, en trois catégories. . . 245
1° Actes qui sont l'exécution directe du mandat *ad lites*. Ils ne sont pas sujets à *désaveu*, mais l'avoué en est responsable vis-à-vis de sa partie. 246
2° Actes qui excèdent les pouvoirs généraux de l'avoué. Il suffit de ne pas les ratifier, s'ils sont faits sans mandat spécial. . . . . . . . . 248
3° Actes que l'avoué est présumé avoir le droit de faire. Cette présomption ne tombe que devant le *désaveu*. . . . . . . . . . . . . . . . 251
Le caractère dominant de ces derniers actes est celui d'un acquiescement ou d'une transaction. 252
L'article 352 est limitatif ; — quelle règle suivre si l'existence même du mandat *ad lites* est contestée ? . . . . . . . . . . . . . . . 254
La question se résout en faveur de la présomption du mandat et pour la nécessité du désaveu. . 256
Le désaveu est nécessaire même lorsque le mandat n'est contesté que dans les rapports de l'avoué et de la partie. . . . . . . . . . . . . 258
L'huissier est-il soumis au désaveu ? . . . . . 259
Différence entre les pouvoirs de l'avoué et ceux de l'huissier. . . . . . . . . . . . . . . 260
Variations de l'ancienne jurisprudence. . . . 262
Solution qui résulte des dispositions du code. . 263
Les agréés et les autres fondés de pouvoir ne sont pas soumis au désaveu. Quel recours a la partie contre leurs actes ? . . . . . . . . . . . 267
L'avocat ne peut être désavoué. Il n'est ni un offi-

Pages.

cier ministériel ni un mandataire. . . . . . 275
Le désaveu est *principal* ou *incident*. . . . . 276
Formalité commune aux deux hypothèses. . . 277
Forme particulière au désaveu incident. . . . 278
Si l'avoué sujet au désaveu est décédé ou n'exerce plus, on ne peut pas suivre la forme incidente. 280
Différentes hypothèses du désaveu principal. . . *Ib.*
Principe général : le désaveu est toujours porté au tribunal devant lequel la procédure désavouée a été instruite. — Application. . . . . . . 281
Nécessité de surseoir à juger le fond jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le désaveu. L'instance en désaveu est préjudicielle. . . . . . . . . 282
Il peut se faire que le désaveu se rattache à une instance définitivement terminée. Règles à cet égard. . . . . . . . . . . . . . . 284
Le désaveu peut concerner un acte sur lequel il n'y a jamais eu d'instance. Quel tribunal doit en connaître ? . . . . . . . . . . . . 285
Délai pour intenter l'action en désaveu. La loi ne le détermine que dans le cas où le désaveu est formé à l'occasion d'un jugement ayant acquis l'*autorité de la chose jugée*. . . . . . . 287
Point de départ de ce délai ; explication. . . . 280
Quand le jugement aura-t-il acquis l'autorité de la chose jugée dans le sens de l'article 362 ? . . 290
Durée de l'action en désaveu lorsqu'il s'agit d'un acte sur lequel il n'a jamais existé d'instance. . 291
Effets du jugement qui prononce sur le désaveu. 292
Désaveu rejeté ; — conséquences ; — mention du jugement de rejet en marge de l'acte de désaveu ; —dommages-intérêts. . . . . . . . . . *Ib.*
Désaveu déclaré valable : nulle difficulté lorsque le désaveu est incident ; l'acte désavoué est seul anéanti. . . . . . . . . . . . . . 293

Pages.

Il en est de même lorsque l'aveu principal concerne un acte extrajudiciaire sur lequel il n'a jamais existé d'instance. . . . . . . . . . . . . 294

Graves conséquences lorsque le désaveu est dirigé contre des actes sur lesquels est déjà intervenu un jugement. . . . . . . . . . . . . . . . 295

Le désaveu produit alors les mêmes effets que les voies de recours ouvertes contre les jugements. 296

Le système actuel diffère de l'ancienne jurisprudence. . . . . . . . . . . . . . . . . 297

Conséquences, à l'égard de l'officier ministériel, du désaveu déclaré valable. . . . . . . . . . 300

Le jugement de l'action en désaveu est-il toujours soumis à l'appel ? . . . . . . . . . . . 304

## CHAPITRE XXV.

### DES RÈGLEMENTS DE JUGES.

Pouvoir du juge pour déclarer sa compétence. — Quand y a-t-il lieu à règlement de juges? . . 305

Conflit positif, conflit négatif. . . . . . . . . 307

Rivalités des anciennes juridictions; moyens de surmonter les obstacles qui en résultaient. . . 308

Cas dans lesquels il n'était pas nécessaire de se pourvoir en règlement de juges. . . . . . . 311

Cas dans lesquels il y avait lieu à *règlement* proprement dit. Le règlement se portait au *conseil privé*. . . . . . . . . . . . . . . . . . 313

Nature des attributions du conseil privé. Origine de la juridiction actuelle du conseil d'Etat en matière de conflits d'*attribution*. . . . . . . 315

C'est à l'autorité judiciaire qu'appartient aujourd'hui le pouvoir de statuer sur un conflit de *juridiction*. . . . . . . . . . . . . . . 317

Pages.

Cour de cassation, cours royales, tribunaux de première instance. . . . . . . . . . . 318

Principes qui régissent les conflits.—*Conflit positif.* Dans quels cas il existe. — Différence entre le texte du code et celui de l'ordonnance de 1737. 319

Le règlement de juges est *facultatif*, et quelquefois *nécessaire* en cas de conflit positif. . . . . 323

La partie déboutée d'un déclinatoire et de sa demande en renvoi devant un tribunal d'un autre ressort peut se pourvoir en règlement. . . . 324

Motifs qui avaient fait accorder cette faculté à la partie dans cette hypothèse particulière. . . 327

La cour de cassation peut seule statuer par voie de règlement dans ce cas. . . . . . . . . . 330

Ce que l'ordonnance de 1737 entendait par ces mots : juridiction d'un autre ressort. . . . 331

Y a-t-il lieu à règlement de juges lorsque la partie a été déboutée de son déclinatoire et de sa demande en renvoi devant un autre *juge de paix* relevant d'un autre tribunal de première instance, mais ressortissant à la même cour royale? 334

Il n'y a pas de conflit donnant lieu à règlement de juges entre un tribunal étranger et un tribunal français. . . . . . . . . . . . . . 336

Résumé des attributions de la cour de cassation, des cours royales et des tribunaux de première instance, en matière de conflit positif. . . . 337

*Conflit négatif.* L'ancienne jurisprudence est muette sur ce point. Code de procédure. . . 340

Examen de plusieurs hypothèses dans lesquelles les voies ordinaires suffisent aux parties. . . . 343

Combinaison qui rend *nécessaire* un règlement de juges en cas de conflit négatif. . . . . . 345

Double condition exigée pour appliquer le règlement de juges au conflit négatif. Conséquences. 348

Pages.
La cour de cassation n'est pas seule chargée de vider les conflits négatifs. . . . . . . . . . . 350
Résumé des attributions de la cour de cassation, des cours royales et des tribunaux de première instance, en matière de conflit négatif. . . . 351
La connexité, comme la litispendance, peut motiver un règlement de juges. . . . . . . . 353
*Quid* si les deux demandes *connexes* appartiennent à des tribunaux d'ordres différents. . . . . 357
A quelle période du procès n'est-il plus permis de se pourvoir en règlement? Examen de la question en cas de conflit positif. . . . . . . 359
Il n'y a pas lieu à règlement si les tribunaux saisis ont rendu leur décision sur le fond. . . . . 360
Même solution si l'un des tribunaux saisis a seul statué sur le fond. . . . . . . . . . . 361
*Quid* si la décision sur le fond est frappée d'appel, et l'autre demande pendante devant les juges du premier degré? Distinction entre le cas de litispendance et celui de connexité. . . . . 362
Les parties, après avoir conclu au fond, peuvent, avant le jugement, se pourvoir en règlement. . 364
Mais des conclusions au fond rendent non recevable à se pourvoir en règlement, dans l'hypothèse où, un seul tribunal ayant été saisi, la partie a été déboutée de son déclinatoire et de sa demande en renvoi. . . . . . . . . . 365
Les parties peuvent se pourvoir en règlement même après avoir proposé des exceptions d'incompétence rejetées par des jugements ayant acquis l'autorité de la chose jugée. — Il en serait autrement si un seul tribunal avait été saisi et le déclinatoire rejeté. . . . . . . . . . 366
Ces difficultés ne peuvent se présenter dans le cas d'un conflit négatif. . . . . . . . . . . 368

Pages.
Procédure des règlements de juges. . . . . . 369
Formes à suivre devant la cour de cassation. — Ordonnance de 1737. . . . . . . . . . . . . Ib.
Procédure à suivre devant les tribunaux ou les cours. . . . . . . . . . . . . . . . 373
Requête afin d'obtenir permission d'assigner. — Sursis. — Signification du jugement portant permission d'assigner. — Assignation, délai. . 374
Déchéance en cas d'inobservation des délais. Elle n'est pas encourue lorsqu'il s'agit d'un conflit négatif. . . . . . . . . . . . . . . 377
S'il y a réellement conflit, les juges règlent la juridiction.—Principes à cet égard. . . . . . . 379
Utilité pratique du règlement de juges. . . . 382

## CHAPITRE XXVI.

### DU RENVOI A UN AUTRE TRIBUNAL.

La matière des *renvois* rappelle les *évocations*. . 384
Évocations *de grâce* et *de justice*. — Réprobation dont elles étaient frappées. . . . . . . . 385
But que l'on se proposait au moyen de l'évocation. — Juridiction du *grand conseil*. . . . . . . 390
Transformations successives qu'il a subies. . . 391
Établi dans le principe pour délibérer sur les affaires de l'État, il est érigé en cour judiciaire. — Sa compétence. . . . . . . . . . . 394
Création du *conseil privé;* ses attributions. . . 396
Résumé de cette ancienne organisation ; son importance au point de vue des évocations. . . 398
Autrefois le grand conseil vérifiait les causes d'évocation ; ses usurpations vainement combattues par les édits. . . . . . . . . . . . . . 400
Ordonnance de 1669 ; elle enlève au grand conseil

Pages.

la connaissance des causes évocatoires pour la transférer au conseil privé. — L'*évocation* n'est plus qu'un *renvoi*. . . . . . . . . . 402

Ordonnance de 1737. — Elle réunit et complète les dispositions antérieures. . . . . . . . . 403

Formes suivies pour obtenir le renvoi d'un présidial à l'autre. . . . . . . . . . . . . . 404

Le législateur moderne, en accueillant le principe des renvois pour parenté et alliance, se borne d'abord à transférer au tribunal de cassation les attributions du conseil privé. . . . . . . . 405

D'après le code de procédure, c'est le tribunal saisi qui est chargé de prononcer le renvoi. . . . 406

Dans quels cas y a-t-il lieu à renvoi ? . . . . . 408

Peu importe que les juges parents ou alliés appartiennent à une autre chambre. . . . . . . 410

Il n'y a pas de renvoi pour parenté et alliance devant les tribunaux de paix. . . . . . . . . 411

Les juges suppléants doivent-ils compter parmi les juges dont la parenté ou l'alliance motive le renvoi ? . . . . . . . . . . . . . . . . 412

*Quid* des officiers du *ministère public* ? . . . . 416

Le greffier n'est pas compris dans la disposition de l'article 368. . . . . . . . . . . . 420

La parenté seulement civile ou seulement naturelle est une cause de renvoi. . . . . . . . *Ib.*

On ne peut demander le renvoi à raison de ses propres parentés ou alliances. . . . . . . . 422

Le demandeur et le défendeur originaires ont le droit de demander le renvoi. — *Quid* de l'intervenant ? . . . . . . . . . . . . . . . 424

Distinction entre l'intervention volontaire et l'intervention forcée. . . . . . . . . . . . 425

Quand le renvoi doit-il être demandé ? — Peut-il l'être après un jugement par défaut ? — Des con-

Pages.

clusions tendant à faire accueillir une exception rendent-elles non recevable à proposer le renvoi? — *Quid* si elles avaient pour objet un interlocutoire, ou si l'on avait proposé une récusation? . . . . . . . . . . . . . . 430
Formes de la demande en renvoi. . . . . . . 432
Les juges parents ou alliés ne peuvent concourir au jugement de renvoi. . . . . . . . . . . 433
Moyens de preuve des causes du renvoi; —amende et dommages-intérêts contre le demandeur en renvoi qui succombe. . . . . . . . . . 434
L'appel du jugement est toujours recevable. — Si le renvoi est proposé devant une cour, il n'y a lieu qu'à pourvoi en cassation. — L'appel est suspensif, mais non le pourvoi. . . . . . . 435
L'opposition n'est pas admise contre le jugement ou l'arrêt de renvoi. . . . . . . . . . . 437
Formes et délais de l'appel. . . . . . . . . 438
Le renvoi peut avoir lieu pour autres causes que la parenté ou alliance. . . . . . . . . . 439
Insuffisance du nombre des juges; — suspicion légitime; — sûreté publique; — insuffisance du nombre des avoués. . . . . . . . . . . 440
Devant quels juges le renvoi doit-il être demandé dans les hypothèses qui précèdent? — Impossibilité de l'obtenir des juges déjà saisis. . . . 443
*Quid* lorsque le renvoi est fondé sur la suspicion légitime ou la sûreté publique? . . . . . . 445
Cas dans lesquels il faut procéder devant la cour de cassation. . . . . . . . . . . . . . 448
Procédure à suivre lorsque la demande en renvoi est portée *de plano* devant le tribunal supérieur. 449

Pages.

## CHAPITRE XXVII.

### DE LA RÉCUSATION.

Fondement philosophique de la récusation. . . 452
Droit romain; ancienne jurisprudence française; l'édit de Nantes et la loi du 25 vendémiaire an IV; récusation péremptoire. . . . . . . 454
Le code a rejeté les récusations péremptoires, et *limité* les causes qui rendent le juge suspect. . 461
Division des causes de récusation admises par le code. . . . . . . . . . . . . . . . 463
1° *Intérêt personnel.* — Enumération. . . . . . *Ib.*
Le juge ou ses proches ont un différend sur une question pareille. — Il faut que le différend soit né. . . . . . . . . . . . . . . . . 464
Le juge ou ses proches ont un procès dans un tribunal où l'une des parties est juge. . . . . 468
Le juge ou ses proches sont créanciers ou débiteurs de l'une des parties. — Sens particulier des termes de créancier ou débiteur. . . . . . . 468
Le juge est tuteur, subrogé tuteur ou curateur de l'une des parties. . . . . . . . . . . . 471
Le juge est administrateur d'un établissement, d'une société ou d'une direction qui plaident. 472
Le juge est héritier présomptif ou donataire de l'une des parties. . . . . . . . . . . . 475
Le juge est maître ou commensal de l'une des parties. . . . . . . . . . . . . . . 476
Le juge a reçu des présents de l'une des parties; — droit romain; — ordonnances; — Beaumarchais et Goezman. . . . . . . . . . . . . 478
Les causes de récusation basées sur l'*intérêt* sont purement relatives. . . . . . . . . . . . 483
2° *Affection.* — Enumération. . . . . . . . 484

Pages.
Parenté ou alliance. On peut récuser ses propres parents ou alliés. . . . . . . . . . . 485
Dans quels cas l'alliance est une cause de récusation. . . . . . . . . . . . . . . 486
La qualité d'époux de l'une des parties est pour le juge une cause d'*incapacité*. . . . . . . . 487
Disposition de l'art. 379. . . . . . . . . . 488
L'une des parties est héritière présomptive du juge. . . . . . . . . . . . . . . 489
Depuis le procès commencé, le juge a bu ou mangé avec l'une ou l'autre des parties dans leur maison. . . . . . . . . . . . . . . *Ib.*
3° *Haine.* — Énumération. . . . . . . . . 490
Ce que c'est que l'inimitié capitale. . . . . . . 491
Agression, injures ou menaces. . . . . . . . . 493
Inimitié résultant d'un *procès criminel*. . . . . *Ib.*
Inimitié résultant d'un *procès civil*. . . . . . 495
Les causes de récusation fondées sur la haine sont simplement relatives. . . . . . . . . . . 496
4° *Amour-propre.* — Énumération. . . . . . . *Ib.*
Le juge a donné conseil, plaidé ou écrit sur le différend. — Assise des bourgeois. . . . . . *Ib.*
Le juge a précédemment connu du procès comme juge ou arbitre. — Ancienne jurisprudence. . 498
Le juge a sollicité dans l'intérêt d'une partie. . 501
Le juge a fourni aux frais du procès. . . . . 502
Il a déposé comme témoin. . . . . . . . . *Ib.*
Dans quels cas les causes de récusation fondées sur l'amour-propre sont-elles absolues ou relatives? 503
Pourquoi les causes de récusation contre les juges sont plus multipliées que les causes de reproche contre les témoins. . . . . . . . . . . . 504
*Tout juge* peut être récusé.—Dispositions spéciales pour les juges de paix. . . . . . . . . . . 505
*Quid* du juge de paix *délégué* pour procéder à une

Pages.
enquête où à une opération? . . . . . . . 505
Le ministère public n'est récusable que lorsqu'il est partie jointe. . . . . . . . . . . . . 508
*Abstention* du juge.— Caractère de la décision qui admet les motifs d'abstention. . . . . . . 509
Les causes d'abstention ne sont pas déterminées. *Ib.*
Le concours du juge récusable au jugement du procès n'est pas une cause de nullité, si la partie ne l'a récusé.—Mais il y a des incompatibilités qui rendent le juge incapable de juger. . . . 511
Toute partie peut exercer le droit de récusation; —formes à suivre;—délais à observer; — quand la récusation est-elle tardive? . . . . . . . 513
Acte de récusation; — jugement qui rejette la récusation ou la déclare admissible. — Effet suspensif qu'il produit. . . . . . . . . . . . *Ib.*
Déclaration du juge récusé; — modes de preuve. 515
Amende et dommages-intérêts contre le plaideur dont la récusation est rejetée. . . . . . . . 517
Le juge récusé ne peut prendre part au jugement de la récusation. — Il peut concourir à la décision sur son *abstention* volontaire. . . . . . 518
Dispositions particulières à la récusation d'un juge-commissaire. — Délai spécial pour la proposer. 519
Doit-on admettre contre un juge-commissaire les causes de récusation qui ne seraient survenues ou n'auraient été découvertes qu'après ces délais? 520
Faut-il ajouter au délai l'augmentation à raison des distances? . . . . . . . . . . . . 522
Devant quel tribunal la récusation doit-elle être proposée? . . . . . . . . . . . . . . 523
*Quid* lorsqu'il s'agit d'un juge délégué? — La récusation doit toujours être jugée par les juges délégants. . . . . . . . . . . . . . . *Ib.*
Marche qu'il faut suivre dans ce cas particulier. . . 527

Pages.
Tout jugement sur récusation est susceptible d'appel. — La faculté d'appeler appartient aux parties, mais non au juge récusé. . . . . . . . 529
Effet de l'appel; délais et formalités. . . . . . 530
Motifs de la rigueur des dispositions de ce titre et de la rapidité de l'instruction qu'elles prescrivent. . . . . . . . . . . . . . . . . 532

## CHAPITRE XXVIII.

### DE LA PÉREMPTION.

Il faut distinguer avec soin *l'action* et *l'instance*. . 524
*Judicia imperio continentia* et *legitima judicia* dans le système formulaire de la procédure romaine. 535
Règles qui succédèrent au système formulaire quant à la durée de l'instance. — Loi *properandum*. . . . . . . . . . . . . . . 538
La péremption, dans notre procédure, ne se rattache à aucune des traditions de la procédure romaine. 540
Elle est fondée sur une présomption de renonciation à l'instance. — Parallèle entre la péremption et la prescription. . . . . . . . . . . 541
Diversité des règles suivies dans notre ancienne jurisprudence. . . . . . . . . . . . 543
Ordonnances de 1563 et de 1629. . . . . . . 545
Elle efface non-seulement les effets attribués à la *demande judiciaire*, mais ceux que produiraient les actes considérés comme simple *mise en demeure*. . . . . . . . . . . . . . . . 547
Elle anéantit les preuves acquises par les débats judiciaires. — Ancienne maxime *probata remanent*. — Discussion du projet du code. . . . 548
Cependant l'extinction des procédures laisse subsister les aveux ou les reconnaissances qui con-

Pages.
stituent des droits ou des obligations en dehors des rapports judiciaires. — Qualité d'héritier ou de femme commune. . . . . . . . . 551
La péremption libère-t-elle des amendes auxquelles le plaideur est soumis à raison de la nature des moyens qu'il invoque? . . . . . 553
Concours de la prescription et de la péremption; ses conséquences. — L'article 2247 du code civil reproduit la disposition de l'ordonnance de 1563. . . . . . . . . . . . . . . . 554
Doctrine de Barthole et de Cujas; suivant eux les effets de la litiscontestation survivaient à l'instance éteinte par discontinuation des poursuites. 555
Pourquoi la citation donnée devant un juge incompétent interrompt-elle la prescription, tandis que l'interruption résultant d'une demande périmée est considérée comme non avenue? . 558
La péremption s'applique à *toute instance*. . . 559
S'applique-t-elle aux instances portées devant les tribunaux de commerce? . . . . . . . . . *Ib.*
La péremption n'est pas applicable aux instances arbitrales. . . . . . . . . . . . . . . 569
Elle n'a pas lieu devant la cour de cassation. . *Ib.*
L'imprescriptibilité de l'action n'est pas un obstacle à la péremption de l'instance; ancienne jurisprudence; personnes privilégiées. . . . . 570
Texte de l'art. 398; — développement. . . . 54
La péremption court-elle contre le mineur sans représentant légal dans l'instance? . . . . . 577
La loi du 6 brumaire an V crée-t-elle, en faveur des militaires, un privilége permanent? . . 581
Quels sont les actes que la péremption efface? . 582
Le préliminaire de conciliation non suivi d'ajournement ne se périme pas. . . . . . . . . *Ib.*
Mais la péremption de l'ajournement entraîne

Pages.

celle du préliminaire de conciliation. . . . 583

Différence entre cette hypothèse et celle où l'ajournement serait nul ou porté devant un juge incompétent. . . . . . . . . . . . . . . 585

Analogies tirées de l'ancienne jurisprudence : l'appel isolé ne se périmait pas ; l'appel *relevé* ou *anticipé* se périmait. . . . . . . . . . . *Ib.*

Le commandement isolé ne tombait pas en péremption, mais il se périmait s'il était suivi d'assignation ; — application de ce principe à notre procédure moderne. . . . . . . . . . . 587

La péremption a lieu *encore qu'il n'y ait pas eu de constitution d'avoué* de la part du défendeur. . 589

Anciennes dissidences sur ce point.— Origine de la jurisprudence qui exigeait *la présentation des procureurs* ou la *contestation en cause*, pour que la péremption commençât son cours. . . . . *Ib.*

Dans quelques ressorts on décidait que l'instance *contestée* ne pouvait plus se périmer ; — règlement du parlement de Paris, du 28 mars 1692 ; un arrêt *interlocutoire* faisait obstacle à la péremption pour l'avenir. . . . . . . . . 593

La mise au rôle produisait le même effet devant les cours souveraines et les tribunaux supérieurs jugeant sur appel. . . . . . . . . . . 594

Il n'y avait pas lieu non plus à la péremption devant les cours ou les présidiaux, lorsque l'affaire *appointée* se trouvait *en état*. . . . . . . 595

Le code a rejeté toutes ces distinctions. L'instance est sujette à péremption jusqu'à jugement définitif. . . . . . . . . . . . . . . . 596

Les jugements préparatoires ou interlocutoires se périment. . . . . . . . . . . . . . . 597

L'inscription au rôle ne change pas l'état de l'affaire; la péremption court même lorsque les

Pages.
plaidoiries ont eu lieu. . . . . . . . . . *Ib.*
Un jugement par défaut qui statue sur le fond est un jugement définitif. . . . . . . . 600
Règle particulière au jugement par défaut *faute de comparaître*. . . . . . . . . . . *Ib.*
Le jugement par défaut *faute de conclure*, tant qu'il n'est pas frappé d'opposition, échappe à la péremption, quoiqu'il n'ait pas été signifié. . . 601
Effets de l'opposition dirigée contre un jugement par défaut faute de comparaître ou faute de conclure. — La péremption ne frappera-t-elle que la procédure suivie sur l'opposition, ou anéantira-t-elle l'instance entière? . . . . *Ib.*
*Quid* si l'opposition est irrégulière en la forme?— Examen de deux hypothèses. . . . . . . 605
Il ne faut pas confondre l'opposition à un jugement par défaut et l'opposition à l'*exécution* d'un jugement définitif; — effets de la péremption dans ce dernier cas. . . . . . . . 608
Les jugements *provisoires* ne sont pas sujets à péremption. . . . . . . . . . . . . . 609
Effets de la péremption de l'instance en *requête civile*; distinction. . . . . . . . . . . 610
Effets de la péremption d'instance à partir de la *cassation* d'un jugement ou d'un arrêt. . . . 611
Conditions exigées pour que la péremption soit acquise. . . . . . . . . . . . . . 613
Délai de trois années. . . . . . . . . . . *Ib.*
Dans les anciens ressorts, où l'instance se conservait trente années sans poursuites, l'instance n'était pas soumise à la *péremption*, mais à la *prescription*. . . . . . . . . . . . . *Ib.*
Sur quels principes reposait la prescription de l'instance? . . . . . . . . . . . . 614
Application de ces principes à notre procédure ac-

Pages.

tuelle ; — il ne suffit pas de constater que l'instance est prescriptible, il faut rechercher si la péremption n'est pas la seule prescription applicable à l'instance. . . . . . . . . . . 616

La prescription trentenaire du jugement ou des actes de la procédure ne doit être admise que lorsque la péremption cesserait de les régir. — Application aux instances devant la cour de cassation, et aux actes extrajudiciaires. . . 619

Lorsque l'*action* se prescrit par un délai moindre de trois ans, la péremption de l'instance a-t-elle lieu avant l'expiration de trois années ? — Hésitations de l'ancienne jurisprudence. . . . . . 620

Doctrine de la cour de cassation sur le concours de la prescription d'action et de la péremption d'instance. . . . . . . . . . . . . . . . . . 624

Comment se compte le délai des trois années ? . 627

Causes de suspension des délais de la péremption ; prorogation de six mois. . . . . . . . . . *Ib.*

Le décès de la partie doit-il être *notifié* pour donner lieu à la prorogation de six mois ? . . . 629

Solution affirmative, lorsque c'est le défendeur originaire qui est décédé. . . . . . . . . . 630

Négative, en cas de décès du demandeur originaire. . . . . . . . . . . . . . . . . 631

Y a-t-il lieu à prorogation lorsque le décès du demandeur ou la cessation des fonctions de l'avoué surviennent depuis que l'affaire est en état ? . . . . . . . . . . . . . . . . 633

Un sursis aux poursuites *convenu* entre les parties est-il une cause de *suspension* des délais de la péremption ? . . . . . . . . . . . . 634

Spécialement, un compromis intervenu entre les parties pendant le cours de l'instance est-il *suspensif*, ou n'est-il pas plutôt *interruptif* de la pé-

Pages.
remption? . . . . . . . . . . . . . . 635
L'appel d'un jugement interlocutoire est *interruptif* des délais de la péremption devant les premiers juges. . . . . . . . . . . . . . . . . . 637
Principes généraux en matière d'*interruption*. — Quels actes la produisent. — Actes du demandeur originaire. — Actes du défendeur. . . . 638
Comment *se couvre* la péremption? La loi indique comme produisant cet effet les actes valables faits par l'*une ou l'autre des parties*. . . . . 641
Différence entre la *prescription* et la *péremption*. Le droit de couvrir la prescription n'appartient qu'à celui *qui l'a acquise*; on *oppose* la prescription; on *demande* la péremption. . . . 642
Ordonnance de 1563; règlement de 1692; jurisprudence plus récente du parlement de Paris. . 643
Modifications qu'ont subies les conditions exigées pour acquérir la péremption. . . . . . . . . 644
Sur quels principes reposent les différences signalées entre la péremption et la prescription? . 645
La péremption anéantit l'instance, et non pas seulement le droit particulier de tel plaideur. . . 646
L'expiration des trois années sans poursuites ne fait présumer un désistement que de la part du demandeur originaire; conséquences : — il n'a pas le droit de la faire prononcer contre le défendeur originaire, demandeur par reconvention ou incidemment appelant; — il est soumis au payement des frais de l'instance périmée. . . . 647
Résumé : l'expiration des trois années équivaut à un désistement proposé; la demande en péremption, à une acceptation de ce désistement. 649
Les événements qui donnent lieu à reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué, survenant depuis l'expiration des trois années, mais

Pages.

avant que la péremption ait été demandée, sont-ils une cause de prorogation des délais? 651
Examen du principe que l'*instance est indivisible.* 652
Ce n'est pas l'*indivisibilité* de l'instance, mais la volonté présumée des parties qui produit, par la péremption, une extinction complète. . . . 653
L'instance n'est pas indivisible lors même que l'objet du procès serait indivisible. . . . . 654
Influence de ces idées sur les difficultés que présente le concours de plusieurs demandeurs ou de plusieurs défendeurs dans l'instance dont la péremption est demandée. . . . . . . . . 655
Système de la cour de cassation sur les effets de l'indivisibilité d'instance en matière de péremption. . . . . . . . . . . . . . . 656
Concours de plusieurs demandeurs. . . . . *Ib.*
Concours de plusieurs défendeurs. . . . . . 658
Solution proposée; — les effets de la péremption peuvent se concilier avec la conservation de l'instance à l'égard des uns et son extinction à l'égard des autres. . . . . . . . . . 661
Lorsqu'une portion du procès est *définitivement* jugée, la péremption peut-elle anéantir la portion de l'instance encore soumise au juge? . . 662
Formalités de la demande en péremption; — elle se forme par requête d'avoué à avoué. . . . 665
Un simple acte de conclusions remplirait le but de la loi; mais non des conclusions seulement verbales. . . . . . . . . . . . . . . 666
Une demande en péremption est elle-même soumise à la péremption; pourquoi? . . . . . 667
Lorsque l'avoué du demandeur originaire n'exerce plus, la péremption est demandée par ajournement. Cette forme pourrait-elle être substituée à celle de la requête lorsque le demandeur origi-

Pages.
naire est représenté par un avoué? . . . . . 667
La demande en péremption est jugée séparément du fond. . . . . . . . . . . . . . . . 669
La demande en péremption, même formée par ajournement, est dispensée du préliminaire de conciliation. . . . . . . . . . . . . . . 690

## CHAPITRE XXIX.

### DU DÉSISTEMENT.

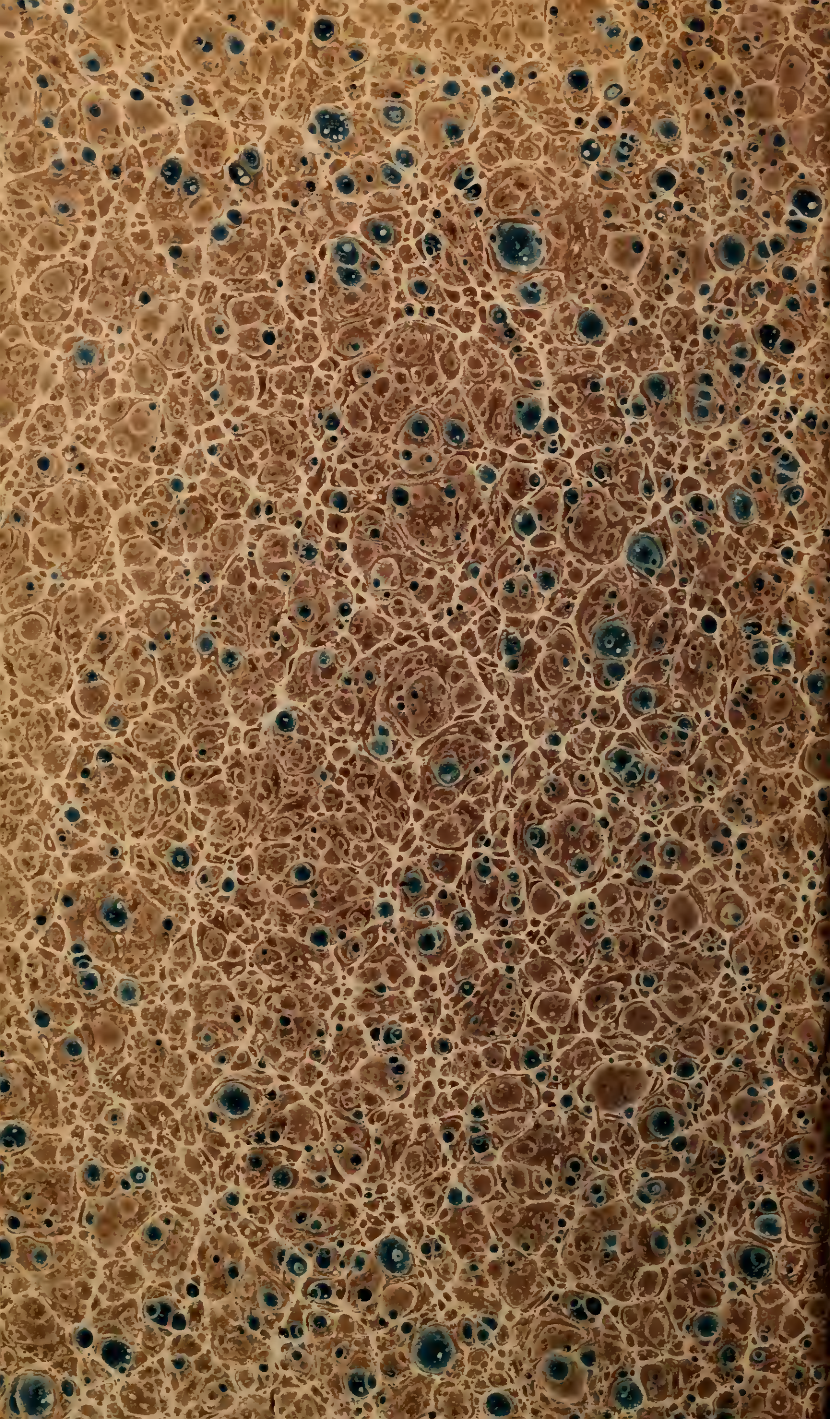
Définition du désistement, ses effets. . . . . 671
Erreur de l'orateur du tribunat. . . . . . . 672
Sens du mot *desistere* dans la procédure romaine. 673
Capacité requise pour se désister de l'instance; mineur émancipé, prodigue, femme mariée; tuteur, administrateurs ou gérants. . . . 675
Condition exigée pour que le désistement produise effet à leur égard. . . . . . . . . . . 679
Lorsque celui qui le fait ou qui l'accepte a la libre disposition de ses droits, le désistement n'est qu'une convention ordinaire. . . . . . . . 680
Forme indiquée par le code. . . . . . . . . 681
Pourquoi un pouvoir spécial est-il nécessaire pour le désistement, tandis qu'il n'est nécessaire en général que pour mettre l'avoué à l'abri d'un désaveu? . . . . . . . . . . . . . . . *Ib.*
Le mandat *ad lites* suffit à l'avoué pour se désister d'un acte isolé de l'instance. . . . . . . . 683
L'huissier peut-il, sans *mandat spécial*, signifier valablement un désistement par acte extrajudiciaire? . . . . . . . . . . . . . . . *Ib.*
L'acceptation du désistement est nécessaire pour que l'instance soit éteinte; motifs. . . . . 685
L'acceptation est-elle nécessaire lorsque le désistement porte sur un acte isolé de la procédure?

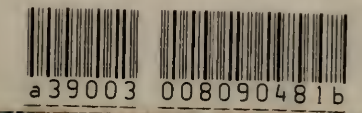
Pages.
Distinction. . . . . . . . . . . . . . 685
L'acceptation est inutile lorsque le désistement a le caractère d'une adhésion aux conclusions de l'autre partie. . . . . . . . . . . . . . 687
Le désistement emprunte souvent la forme d'une décision judiciaire ; dans quelles hypothèses en est-il ainsi ? . . . . . . . . . . . . . 688
Première hypothèse : La partie à laquelle le désistement est signifié demande acte de son acceptation. — Par qui doivent être supportés les frais du jugement ? . . . . . . . . . . 689
Seconde hypothèse : La partie demande acte du désistement qu'elle a signifié. La décision du juge peut-elle suppléer l'acceptation de l'autre partie ? Distinction. . . . . . . . . . . . . . 691
Le désistement peut anéantir partiellement l'instance, produire effet à l'égard d'une des parties, et rester sans effet à l'égard des autres. . . 694
Le désistement emporte soumission de payer les frais ; — comment le désistant est-il contraint au payement des frais ? . . . . . . . . . . *Ib.*
Conclusion. . . . . . . . . . . . . . . 695

FIN DE LA TABLE.

---

Poitiers. — Imp. de F.-A. SAURIN.




a39003 008090481b

